

Rainer Metzmacher

Der Rechtsschutz gegenüber
gemeindlichem Verwaltungsprivatrecht

1971

Der Rechtsschutz gegenüber
gemeindlichem Verwaltungsprivatrecht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Rainer Metzmacher
Münster 1971



Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Scupin

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr.Dr. Pagenkopf

Dekan: Prof.Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 24.5.1971



	Seite
<u>Inhaltsverzeichnis</u>	
Einleitung: Problemstellung	30
Erstes Kapitel	34
<u>Die gemeindliche Nichteingriffsverwaltung</u>	34
I. Die geschichtliche Entwicklung (Ein Überblick in Grundzügen)	34
II. Die heutige gemeindliche Nichteingriffsver- waltung	37
1. Die gemeindliche Vorsorgeverwaltung	37
2. Die gemeindliche "Teilnahme am allgemeinen Wirtschafts- und Erwerbsleben" (Die wirt- schaftende gemeindliche Verwaltung)	40
3. Die gemeindliche Förderungsverwaltung (Subventionen der Gemeinde)	41
Zweites Kapitel	44
<u>Die gemeindliche Nichteingriffsverwaltung in öf- fentlichrechtlichen und privatrechtlichen Rechts- formen</u>	44
I. Privatrecht bei "Teilnahme am allgemeinen Wirt- schafts- und Erwerbsleben" (bei "rein fiskali- scher" Tätigkeit)	44
II. Öffentliches und privates Recht in der gemeind- lichen Vorsorgeverwaltung	45



	Seite
III. Öffentliches und privates Recht in der gemeindlichen Förderungsverwaltung	51
1. Die rein öffentlichrechtliche Betrachtungs- ungsweise der Subventionen	53
2. Die Abgrenzung des Verwaltungsakts vom Vertrag	57
a) Das übliche Kriterium der Gleichord- nung der Parteien	62
b) Die Ausrichtung auf den subjektiven Parteiwillen als charakteristisches Merkmal des Vertrages	65
c) Die grundsätzlich gesetzesfreie kom- munale Subventionsverwaltung	67
3. Die Rechtsnatur der kommunalen Subven- tionsverträge nach den herkömmlichen Abgrenzungstheorien	68
4. Die rechtsdogmatische Unhaltbarkeit der rein öffentlichrechtlichen Betrachtungs- weise	74
5. Die Lösung nach Zweckmäßigkeitsgesichts- punkten	76
6. Die Folgerungen daraus für die gemeind- lichen Subventionsverhältnisse	77
IV. Ergebnis	80
Drittes Kapitel	82
<u>Die Gesetzmäßigkeit der gemeindlichen Nichttein- griffsverwaltung in privatrechtlichen Rechts- formen</u>	82
I. Die Frage des Gesetzesvorbehalts	82

	Seite
1. Das demokratische Argument	85
2. Die rechts- und sozialstaatlichen Argumente	87
II. Die gegen eine Gleichbehandlung von Nichteingriffs- und Eingriffsverwaltung sprechenden Gesichtspunkte, besonders solche aus der gemeindlichen Verwaltungswirklichkeit	87
Viertes Kapitel	96
<u>Die Frage der Zweistufigkeit in der gemeindlichen Nichteingriffsverwaltung</u>	96
I. Die gemeindliche Förderungsverwaltung durch Subventionen	96
1. Die herrschende Zweistufentheorie	96
2. Die gegen sie bestehenden praktischen wie rechtsdogmatischen Bedenken	97
3. Die Einwände aus der gemeindlichen Verwaltungswirklichkeit	103
II. Die gemeindliche Vorsorgeverwaltung	106
1. Die zweistufige Konstruktion	106
2. Die Schwächen der zweistufigen Betrachtungsweise	108
III. Die gemeindliche Auftragsverwaltung - Die besonders kennzeichnende Unhaltbarkeit der zweistufig gemischten Konstruktion	112
IV. Ergebnisse	116

	Seite
Fünftes Kapitel	118
<u>Die Grundrechtsgebundenheit der gemeindlichen Nichteingriffsverwaltung in privatrechtlichen Rechtsformen</u>	118
I. Das gemeindliche Verwaltungsprivatrecht	118
II. Die Argumente für eine öffentlichrechtliche Gebundenheit der gesamten kommunalen Ver- waltung	120
1. Sachliche Folgerungen aus der Identität von Staat und Fiskus	121
2. Die Konsequenz zeitgemäßer Verfassungs- interpretation	123
3. Das Versagen des Zweckkriteriums zur Ab- grenzung eines verwaltungsprivatrechtli- chen Bereichs	128
4. Die Zweifel an der Qualifizierung der kommunalen Vergabe- und Beschaffungs- tätigkeit als Hilfsgeschäft der Verwaltung	131
III. Die Einwände gegen eine Unterscheidung nach bloß objektiver öffentlichrechtlicher Gebun- denheit der Verwaltung und subjektiver Be- rechtigung daraus	135
IV. Ergebnis	140
Sechstes Kapitel	141
<u>Die Art und das Ausmaß der Grundrechtsgebunden- heit; die übrigen Schranken des öffentlichen und des privaten Rechts</u>	141
I. Unmittelbare Grundrechtsgeltung im Privat- rechtsverkehr der Gemeinden	141

1. Die überragende Bedeutung des Art. 3 GG bei der gemeindlichen Verwaltung in Privatrechtsform	143
2. Die Vorsorgeverwaltung - Unanwendbarkeit des Monopolprivatrechts	144
3. Die sog. rein fiskalische Verwaltung	150
4. Die Vergabe- und Beschaffungstätigkeit	151
5. Die Subventionsverwaltung	153
II. Das Verbot unzulässiger Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke bei privatrechtlichem Handeln	160
III. Die Anwendung des GWB auf das privatrechtliche Handeln der Gemeinden	166
Siebttes Kapitel	170
<u>Der Rechtsschutz gegenüber privatrechtlichem Handeln der Gemeinden</u>	170
I. Ansprüche gegen die privatrechtsförmige gemeindliche Verwaltung	170
1. Leistungsansprüche	170
2. Schadensersatzansprüche	171
3. Feststellungsklage	174
II. Der Rechtsweg	175
Gesamtergebnis der Untersuchung	177

Literaturverzeichnis

- Adenauer, Max Wirtschafts- und Verkehrsförderung,
KommHdb. Bd. III, Berlin, Göttingen, Hei-
delberg 1959, S. 898 ff.
- Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leip-
zig 1920, Neudruck Aalen 1964
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag, AöR 84
(1959), S. 249 ff.
- Bachof, Otto Aussprache zu: Schranken nichthoheitli-
cher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 260,
261/2, 270
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaa-
tes, VVDStrL 12, S. 37 ff.
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht:
gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953,
S. 417 ff.
- Freiheit des Berufs, Bettermann-Nipperdey-
Scheuner: Die Grundrechte, Bd. III 1,
Berlin 1958, S. 155 ff; zitiert: Grund-
rechte
- Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963; zi-
tiert: Verwaltungsmonopol
- Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck
der Leistungsverwaltung und der soziale
Rechtsstaat, DÖV 1966, S. 624 ff.
- Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen
der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht,
JuS 1966, S. 17 ff.

- Baptist, Friedrich, Möglichkeiten staatlichen Einwirkens auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Diss. Würzburg 1964
- Baur, Fritz Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 1963, S. 41 ff.
- Bayer, Karl Privatrechtliches Leistungsverhältnis und öffentliche Daseinsvorsorge, jur. Diss. Freiburg 1965
- Beinhardt, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, VerwArch 55 (1964), S. 210 ff.
- Bellstedt, Christoph, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage?, DÖV 1961, S. 161 ff.
- Bender, Bernd Der Rechtsweg bei Klagen gegen Auftrags-sperren der öffentlichen Hand - BGHZ 14, 222 und BVerwGE 5, 325 - , JuS 1962, S. 178 ff.
- Bettermann, Karl-August, Entscheidungsbesprechung, DVBl 1958, S. 867 f.
- Bischoff, Friedrich, Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, AöR 81 (1956), S. 54 ff.
- Bitter, Georg Zur Zulässigkeit kommunaler Förderungsmaßnahmen, BayVBl 1965, S. 45 ff., 85 ff.
- Blaum, Kurt Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl 1958, S. 666 ff.
- Böckenförde, Werner, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957

- Bogs, Harald Die verfassungsrechtliche Gebundenheit der öffentlichen Hand bei Bedarfsdeckungsge-
schäften, BB 1963, S. 1269 ff.
- Brenner, Günter Gelten die Grundrechte auch für die wirt-
schaftliche Betätigung der öffentlichen
Hand?, BB 1962, S. 727 ff.
- Budde-Hupfauer, Helga, Die privatrechtlich organisierten öffent-
lichen Versorgungsunternehmen in ihrem Ver-
hältnis zu Benutzer und Träger, jur. Diss.
Heidelberg 1962
- Bullinger, Martin, Aussprache zu: Verwaltung durch Subventio-
nen, VVDStrL 25, S. 439
- Öffentliches Recht und Privatrecht, Stutt-
gart, Berlin, Köln, Mainz 1968; zitiert:
Recht
- Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962;
zitiert: Bullinger
- Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzi-
pien hoheitlicher und nichthoheitlicher Ver-
waltung, DÖV 1960, S. 746 ff.
- Daub-Meierrose-Müller, Kommentar zur VOL, Düsseldorf 1961
- Dombrowski, Harald, Mißbrauch der Verwaltungsmacht, Mainz 1967
- Dürig, Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Fest-
schrift für Hans Nawiasky, Vom Bonner Grund-
gesetz zur gesamtdeutschen Verfassung,
München 1956, S. 157 ff.
- Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrts-
staat, JZ 1953, S. 193 ff.

- Ehlermann, Claus-Dieter, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957
- Eiser-Riederer Energiewirtschaftsrecht, Loseblattausgabe, München und Berlin, Stand 1.11.1961
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 2. Hlbb., 15. Aufl., Tübingen 1960
- Eppe, Franz Subventionen und staatliche Geschenke, jur.Diss. Münster 1966
- Ermacora, Felix Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 405
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitierter Bearbeiter: Hefermehl), 1. Bd., 3. Aufl., Münster 1962
- Evers, Hans-Ulrich, Die verfassungsrechtlichen Bindungen fiskalischer und schlichthoheitlicher Maßnahmen in der Praxis, NJW 1961, S. 289 ff.
- Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073 ff.
- Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München und Berlin 1965
- Fischerhof, Hans, "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 41 ff.
- Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 305 ff.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928

- Flessa, Richard Das Wesen der Staatsbürgerschaft, NJW 1954,
S. 538 ff.
- Anmerkung zu BVerwGE 7, S. 89 ff., Urt.v.
6.6.1958, in: DÖV 1959, S. 106 f.
- Anmerkung zu BVerwGE 7, S. 180 ff., Urt.v.
23.7.1958, in: NJW 1959, S. 403 f.
- Anmerkung zu BVerwG, Beschl.v. 9.6.1959,
u. OVG Münster, Urt.v. 19.12.1958, beide
DVBl 1959, S. 665 ff., in: DVBl 1960,
S. 137 f.
- Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrecht-
lichem Verhalten untergeordneter Behörden,
NJW 1958, S. 1276 f.
- Schuldverhältnisse des Staates auf Grund
Verwaltungsakts, DVBl 1957, S. 81 ff. und
118 ff.
- Forsthoff, Ernst, Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963;
zitiert: Auftraggeber
- Die Verwaltung als Leistungsträger, Stutt-
gart/Berlin 1938
- Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 24.10.1956,
DVBl 1957, S. 721 ff., in: DVBl 1960,
S. 724 ff.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., All-
gemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin
1966; zitiert: Lehrbuch
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,
Stuttgart 1959; zitiert: Rechtsfragen

- Frentzel, Gerhard, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Recht und Staat, H. 235 (1961), S. 3 ff.
- Friauf, Karl Heinrich, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl 1966, S. 729 ff.
- Fuß, Ernst-Werner, Grundrechtsregelung für Hoheitsträger, DVBl 1958, S. 739 ff.
- Geiger, Willi Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, Stuttgart 1960
- Giacometti, Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960
- Gönnenwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen 1963
- Götz, Volkmar Recht der Wirtschaftssubventionen, München und Berlin 1966
- Gygi, Fritz Besprechung von: Zuleeg, Manfred, Die Rechtsform der Subventionen; Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen H. 36; in: DÖV 1965, S. 790 f.
- Haak, Dieter Die Grundrechtsbindung des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. Bonn 1963
- Haas, Diether Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl 1960, S. 303 ff.
- Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958; zitiert: Wirtschaftsverfassungsrecht

- Hamann, Andreas Entschädigungsansprüche wegen Subventions-
schäden, BB 1962, S. 505 ff.
- Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neu-
wied/Berlin 1961; zitiert: Grundgesetz
- Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl
1963, S. 486 ff.
- Haueisen, Fritz Verwaltung und Bürger, DVBl 1961, S. 833 ff.
- Henze, Karl-Otto, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatli-
chen Finanzhilfe zugunsten Privater,
Heidelberg 1958
- Hesse, Konrad Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht,
AöR 77 (1951/2), S. 167 ff.
- Heusser, Walter, Die Flucht des Gemeinwesens in die privat-
rechtliche Unternehmung als Rechtsproblem,
jur.Diss. Zürich 1949
- Hölzl, Josef Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern,
Kommentar, 3. Aufl., München 1960
- Huber, Ernst-Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd.,
2. Aufl., Tübingen 1953
- Hurst, Karl Gemeindeeinrichtungen, in Peters: Handbuch
der Kommunalen Wissenschaft und Praxis,
Zweiter Band, Berlin, Göttingen, Heidelberg
1957, S. 833 ff.
- Imboden, Max Aussprache zu: Verwaltung durch Subventio-
nen, VVDStrL 25, S. 424 f.
- Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher
Verwaltung, Basel und Stuttgart 1954; zi-
tiert: Gesetz

- Imboden, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel
1958; zitiert: Imboden
- Ipsen, Hans Peter, Besprechung von: Imboden, Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958, in:
VerwArch 50 (1959), S. 94 f.
- Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 31.8.1961,
DVB1 1962, S. 134 ff, in: DVB1 1962,
S. 136 f.
- Gleichheit, Neumann-Nipperdey-Scheuner:
Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954,
S. 111 ff.; zitiert: Gleichheit
- Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956 = DVB1 1956, S. 461 ff.,
498 ff., 602 ff.; (nach der selbständigen
Veröffentlichung) zitiert: Subventionierung
- Rechtsfragen der Investitionshilfs, AöR 78
(1952/3), S. 284 ff.
- Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25,
S. 255 ff.
- Jacobs, Alexander von, Der öffentlich-rechtliche Benutzungs-
zwang in der Verwaltungsordnung, Münster
1963
- Janknecht, Hans Rechtsformen von Subventionierungen,
jur.Diss. Münster 1964
- Jecht, Hans Die öffentliche Anstalt, Wandlungen und gegenwärtige Struktur, Berlin 1963
- Jesch, Dietrich Anmerkung zu BGH, Urt.v. 10.4.1961, DÖV
1961, S. 755, in: DÖV 1961, S. 755 ff.
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961; zitiert: Jesch

- Kafka, Gustav Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 414
- Kaiser, Joseph Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 429
- Klebe, Walter Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, jur. Diss. Marburg 1960
- Köhler, Karl-Heinz von, Behördenkonkurrenz im Kartellrecht, DVBl 1964, S. 214 ff.
- Koenigs, Volkmar, Diskriminierung durch Allgemeine Ortskrankenkasse - BGHZ 36, 91 - , JuS 1962, S. 342 ff.
- Köttgen, Arnold Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung, Göttingen 1963; zitiert: Spielraum
- Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 577 ff.
- Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965; zitiert: Fondsverwaltung
- Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Göttingen 1961; zitiert: Daseinsvorsorge
- Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl 1953, S. 485 ff.

- Kottenberg, Kurt, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl., Siegburg 1963
- Kratzer, Jakob Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVB1 1962, S. 133 f.
- Buchbesprechung, DVBl 1961, S. 603 f.
- Krüger, Herbert Aussprache zu: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStrL 11, S. 138 f.
- Aussprache zu: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 260 f., 267
- Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, S. 380 ff., 450 ff., 518 ff.
- Kuntzmann-Auert, Marion, Rechtsstaat und kommunale Selbstverwaltung, Köln 1967
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht, München 1960; zitiert: Leisner
- Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, Berlin 1965; zitiert: Öffentlichkeitsarbeit
- Linde, Jürgen Verfassungsrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinden, Kommunalwirtschaft, H. 3, Jg. 1962, S. 83 ff.
- List, Friedrich Energierecht, Wiesbaden 1952
- Löw, Konrad Fiskalgeltung der Grundrechte?, DÖV 1957, S. 879 ff.

- Mallmann, Walter, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 165 ff.
- von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1957
- Maunz, Theodor Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl 1962, S. 1 ff.; zitiert: Maunz
- Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50 (1959), S. 315 ff.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962, S. 472 f.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, 2. Aufl., München und Berlin 1964
- Mayer, Franz Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 433 f.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, zwei Bände, 3. Aufl., 1924; zitiert: I; II
- Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), S. 3 ff.
- Mees, Hans-Kurt Die staatliche Beschaffungstätigkeit und das GWB, WuW 1961, S. 541 ff.
- Menger, Christian-Friedrich, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Band III 2, Berlin 1959, S. 717 ff.; zitiert: Grundrechte
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 49 (1958),

S. 272 ff.; 50 (1959), S. 77 ff. und 193 ff.;
52 (1961), S. 196 ff.; 53 (1962), S. 278 ff.;
54 (1963), S. 98 ff.

- Merk, Wilhelm Aussprache zu: Schranken nichthoheitlicher
Verwaltung, VVDStrL 19, S. 265
- Mertens, Hans-Joachim, Das Recht auf Gleichbehandlung im Ver-
waltungsprivatrecht, JuS 1963, S. 391 ff.
- Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund
des Gleichheitssatzes, Hamburg 1963; zi-
tiert: Selbstbindung
- Möller, Ferdinand, Gemeindliche Subventionsverwaltung, Stutt-
gart 1963; zitiert: Subventionsverwaltung
- Kommunale Wirtschaftsförderung, Stuttgart
und Köln 1963; zitiert: Wirtschaftsförderung
- Molitor, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht,
Karlsruhe 1949
- Müller-Henneberg - Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Europäisches Kartellrecht, Ge-
meinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln u.a.
1963
- Münch, Ingo von, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleich-
heitssatz bei der Gewährung von Subventio-
nen, AöR 85 (1960), S. 270 ff.
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln und
Berlin 1964; zitiert: EVwVerfG
- Naumann, Richard, Aussprache zu: Die staatliche Intervention
im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen
und Rechtsschutz, VVDStrL 11, S. 131 ff.

- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln/Zürich/Köln 1948
- Neumann, Peter Wirtschaftslenkende Verwaltung, Stuttgart 1959
- Nipperdey, Hans-Carl, Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 1951, S. 593 ff.; zitiert: Gewerbefreiheit
- Obermayer, Klaus, Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 6.6.1958, NJW 1959, S. 115 ff., in: NJW 1959, S. 115 ff.
- Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 31.8.1961, JZ 1962, S. 374 ff., in: JZ 1962, S. 376ff.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962, S. 278 f.
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (zitiert Bearbeiter: Danckelmann), 27. Aufl., München 1968
- Peters, Hans Aussprache zu: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 275
- Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 206 ff.
- Pfeifer, Helfried, Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 423 f.
- Pieper, Goswin Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, DVBl 1967, S. 11 ff.

- Püttner, Günter Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Raiser, Ludwig Anmerkung zu BGHZ 29, S. 76 ff., Urt.v. 10.12.1958, in: JZ 1959, S. 407 f.
- Reuss, Wilhelm Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift, hrsg. von Helmut Külz, Karlsruhe 1963, Bd. 2, S. 255 ff.
- Rüfner, Wolfgang, Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 437 f.
- Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, Berlin 1967; zitiert: Rüfner
- Rupp, Hans Heinrich, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl 1958, S. 113 ff.
- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre - Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Tübingen 1965; zitiert: Grundfragen
- Verwaltungsakt und Vertragsakt. Eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystems der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts, DVBl 1959, S. 81 ff.
- Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, NJW 1961, S. 811 ff.
- Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961, S. 59 ff.

Sailer, Christian, Die Fragwürdigkeit des Privatrechts in der
Leistungsverwaltung, BayVBl 1966, S.293 ff.

Salzwedel, Jürgen, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-
rechtlichen Vertrages, Berlin 1958;
zitiert: Salzwedel

----- Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der
öffentlichen Sachen, DÖV 1963, S. 241 ff.

Schattenfroh, Max, Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar
1935. Kommentar, München, Berlin, Leipzig
1935

Schaumann, Wilfried, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, S. 110 ff.

Scheuner, Ulrich, Aussprache zu: Schranken nichthoheitlicher
Verwaltung, VVDStrL 19, S. 264 f.

----- Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit,
DÖV 1960, S. 601 ff.

----- Die staatliche Intervention im Bereich der
Wirtschaft, VVDStrL 11, S. 1 ff.

Schindler, Dietrich, Die Bundessubvention als Rechtsproblem,
Diss. Zürich 1951

Schlichter, Otto, Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen
Durchsetzung von Subventionsansprüchen,
DVBl 1966, S. 738 ff.

Schmidt, Ulrich - Huth, Klaus-Dieter, Das Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen und die Wirtschafts-
tätigkeit der öffentlichen Hand in materiell-
und verfahrensrechtlicher Sicht, BB 1964,
S. 1106 ff.

- Schneider, Hans Anmerkung zu KG, Urt.v. 18.9.1956, NJW 1957, S. 1076 f., in: NJW 1957, S. 1076.
- Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten, NJW 1962, S. 705 ff.
- Schreier, Georg Das Vertragsverhältnis in der Daseinsvorsorge, jur. Diss. Würzburg 1960
- Schricker, Helmut, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, München-Köln-Berlin 1964
- Schüle, Adolf Buchbesprechung, AöR 82 (1957), S. 368 ff.
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStrL 11, S. 75 ff.
- Schulze, Elmar Baudispensverträge, Schriftenreihe Verwaltung und Wirtschaft, Heft 32, Stuttgart 1964
- Siebert, Wolfgang, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Göttingen 1953, S. 215 ff.
- Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959; S. 733 ff.
- Siedentopf, Heinrich, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Schriftenreihe Verwaltung und Wirtschaft, Heft 30, Stuttgart 1963
- Simons, Lothar von, Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967
- Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (zitierter Bearbeiter: Glaser), 9. Aufl., Bd. II, Stuttgart 1962

- Spanner, Hans Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2. Teil A, München 1960
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert Bearbeiter: Coing), 11. Aufl., 1. Bd., München 1958
- Stern, Klaus Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 418 ff.
- Entscheidungsbesprechung, JZ 1962, S. 181 f.
- Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, S. 325 ff.
- Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVB1 1962, S. 129 ff.
- Lösungsskizze, BayVB1 1960, S. 394
- Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff., 557 ff.
- Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, JuS 1965, S. 139 ff.
- Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 49 (1958), S. 106 ff.
- Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84 (1959), S. 137 ff., 273 ff.
- Stern, Klaus - Püttner, Günter, Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965

- Stich, Rudolf Das Verwaltungshandeln, JuS 1964, S. 381 ff.
- Surén, Friedrich-Karl, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1960
- Thieme, Werner Aussprache zu: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 254 ff.
- Torz, Robert Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 205 ff.
- Truninger, Hans-Jörg, Die Freiheit des Staates bei der Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen, Diss. Zürich 1950
- Vogel, Klaus Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 432 f.
- Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStrL 24, S. 125 ff.
- Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959
- Werner, Paul Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13 (1962), S. 97 ff.
- Wertenbruch, Wilhelm, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, S. 105 ff.
- Wilhelm, Bernhard, Die Bindung des Fiskus an die Grundrechte, BayVB1 1963, S. 78 ff.
- Willigmann, Klaus, Koppelung mehrerer Verwaltungsobliegenheiten, DVBl 1960, S. 753 ff.

- Willigmann, Klaus, Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen, DVBl 1963, S. 229 ff.
- Winkler, Günther, Aussprache zu: Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 423
- Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), S.205 ff.
- Anmerkung zu BGH, Urt.v. 23.2.1956, JZ 1956, S. 488 f., in: JZ 1956, S. 489 f.
- Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 18.10.1960, DVBl 1961, S. 207 ff., in: DVBl 1961, S.209.
- Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, ArchKommWiss. 1963 (2. Jg.), S. 149 ff.
- Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 8.Aufl., München 1971; zitiert: I
- Verwaltungsrecht II, Ein Studienbuch, 3.Aufl., München 1970; zitiert: II
- Verwaltungsrecht III, Ein Studienbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1967, zitiert: III
- Zacher, Hans F. Verwaltung durch Subventionen, VVDStrL 25, S. 308 ff.
- Zeidler, Karl Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat, Bd. I (1962); Berlin 1963, S. 321 ff.
- Anmerkung zu BGH, Urt.v. 26.10.1961, DVBl 1962, S. 298 ff.; in: DVBl 1962, S. 301 ff.
- Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStrL 19, S. 208 ff.

- Zeiß, Friedrich Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, S. 201 ff.
- Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, in Peters: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Dritter Band, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959, S. 611 ff.
- Zimmermann, Franz, Die rechtlichen Grenzen der kommunalen Wirtschaftsförderung, Der Gemeindehaushalt, 65. Jg. (1964), S. 217 ff.
- Zitscher, Wolfram, Daseinsvorsorge in der kommunalen Selbstverwaltung und die Rechtsnatur der Konzessionsverträge, Diss. Kiel 1961
- Zuleeg, Manfred Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger aufgrund Verwaltungsaktes?, jur. Diss. Erlangen 1959; zitiert: Diss.
- Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965; zitiert: Rechtsform
- Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, NJW 1962, S. 2231 ff.

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchKommWiss.	Archiv für Kommunalwissenschaften
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
Bay Verf.	Bayerische Verfassung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungs- gerichtshofes
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
bes.	besonders
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
BVFG	Bundesvertriebenen- und Flüchtlingsgesetz
bzw.	beziehungsweise

ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
d.s.	das sind
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EnergG	Energiewirtschaftsgesetz
entspr.	entsprechend
ESVGH	Entscheidungssammlung des Verwaltungs- gerichtshofes
EVwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfah- rensgesetzes
Festschr.	Festschrift
Frankf.	Frankfurt
Fußn.	Fußnote
GemHaushVO	Verordnung über die Aufstellung und Aus- führung des Haushaltsplanes der Gemein- den
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung
GVB1	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H.	Heft
Hambg.	Hamburg
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Hlbb.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel

insbes.	insbesondere
Jg.	Jahrgang
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KommHdb.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
Lünebg.	Lüneburg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBl	Ministerialblatt
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
preuß.	preußisch
Rdnr.	Randnummer
RGBl	Reichsgesetzblatt
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
Saarl.	Saarland
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
std.	ständig
Stuttg.	Stuttgart
u.	und
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr

u.ä.	und ähnliches
u.E.	unseres Erachtens
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VerwVO	Verwaltungsverordnung
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoBauG	Wohnungsbaugesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

Einleitung: Problemstellung

Spätestens seit Forsthoffs Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger" von 1938 hat sich die Verwaltungsrechtswissenschaft in immer stärkerem Maße mit den Problemen beschäftigt, die sich aus der ständig wachsenden Bedeutung der neben die überkommene Eingriffsverwaltung getretenen Leistungsverwaltung ergeben. Diese Probleme konnten solange nicht auftreten, als die Verwaltung sich auf ihre herkömmliche Funktion, Sicherheit und Ordnung zu garantieren, im wesentlichen beschränkte. Bis dahin korrespondierten notwendigerweise auch Form und Inhalt staatlicher¹⁾ Tätigkeit. Als der Staat jedoch begann, sein Handeln auf Bereiche auszudehnen, die bislang den Bürgern vorbehalten waren, relativierten sich zwangsläufig die festumrissenen Vorstellungen vom Begriff der Verwaltung und von den zu verwendenden Rechtsformen. O. Mayers²⁾ Bemühen um eine sich ausschließlich des öffentlichen Rechts bedienende Verwaltung scheiterte an der stärkeren Realität, der Verlockung für den Staat, die ausgebildeten Institute des Privatrechts für seine Tätigkeit zu übernehmen.

Auch die gemeindliche Verwaltung bedient sich zur Erfüllung ihrer Vorsorgeaufgaben, zur Durchführung von Subventionierungen, als Abnehmer und Produzent von Waren und Leistungen im Wirtschaftsverkehr weitgehend privatrechtlicher Gestaltungsformen. Darüber, daß die grundsätzliche Freiheit, zwischen den Formen des öffentlichen und privaten Rechts zu wählen, nicht immer Handeln der Verwaltung nach den Grundsätzen des Privat-

1) Die Wörter staatlich und Staat werden im folgenden summarisch für Bund, Länder, Gemeinden und sonstige Träger öffentlicher Verwaltung verwendet.

2) Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 115 ff.; II, S. 274.
Dem Zivilrecht sollte nur ausnahmsweise Raum gelassen werden.

rechtsverkehrs der Privaten bedeuten könne, bestand im allgemeinen von jeher Einigkeit. Unklarheit herrschte lediglich darüber, wie man dem - vom gleichartigen Handeln Privater spezifisch verschiedenen - Verwaltungshandeln in privatrechtlicher Gestalt begegnen sollte. Der Begriff des Verwaltungspriatrechts stellt überwiegend den bisherigen Schlußpunkt der wissenschaftlichen Bemühungen dar, die sich aus dem privatrechtlichen Handeln der Verwaltung ergebenden Probleme zu bewältigen. Die Übernahme des Begriffs in den Titel dieser Arbeit soll nicht besagen, daß von seiner inhaltlichen Richtigkeit bedenkenlos ausgegangen wird. Im Gegenteil, seine Berechtigung ist ebenso Gegenstand der Untersuchung wie etwa die "Stichhaltigkeit" und Notwendigkeit der sog. Zweistufentheorie. Die besonders seit dem Jahre 1960¹⁾ bestehende Kontroverse um ihn ist in jüngster Zeit durch Rüfners Habilitationsschrift²⁾ erneut belebt worden.

Alles Recht ist eine Frage der Proportionen³⁾. Diese zutreffende Feststellung verlangt die Überprüfung, ob etwa die Vergabe- und Beschaffungstätigkeit, die der moderne Staat in großem Stil vornimmt, weiterhin als sog. Hilfsgeschäft "denjenigen Aufgaben und Zwecken öffentlicher Verwaltung, um deretwillen sie da ist"⁴⁾, mit den daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen gegenübergestellt werden darf. Verbietet dies nicht schon die allgemeine Überzeugung von Staat und Fiskus als einer einheitlichen Rechtsperson?

1) Vgl. die Berichte von Mallmann und Zeidler, VVDStrL 19, S. 165 ff. bzw. 208 ff., sowie die Aussprache, S. 242 ff., in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Köln.

2) Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung.

3) So Forsthoff, Auftraggeber, S. 7

4) Diese Unterscheidung findet sich bei H.J. Wolff I, § 23 IV. a), S. 109

Mit der Problematik der Zweistufentheorie hat sich im gemeindlichen Bereich, soweit ersichtlich, eingehend bislang nur Möller¹⁾ im Rahmen der Subventionsverwaltung befaßt. Neben gleichermaßen ablehnenden mehrten sich die Stimmen, die diese Konstruktion lediglich als nützliche Übergangslösung ansehen, die es möglichst bald zugunsten einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise aufzugeben gelte. Überhaupt ist die Tendenz nicht zu übersehen, Teile bisherigen privatrechtlichen Verwaltens, zumindest die Subventionsverwaltung, vereinzelt am liebsten aber auch die gesamte Versorgungstätigkeit der öffentlichen Hand, ganz dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Überzeugende dogmatische Begründungen werden jedoch nicht erbracht. Es ist auch fraglich, ob sie überhaupt zu finden sind, wenn man sich vor Augen hält, daß die Verwendung oder Nichtverwendung des Begriffs "öffentliches Recht" nicht apriorisch ist, sich vielmehr erst historisch, oft recht willkürlich, entwickelt hat.

Mit der aufgezeigten Wandlung der Verwaltung muß sich nicht notwendig die Stellung des einzelnen Bürgers dieser gegenüber verändern. Seine Abhängigkeit von ihr kann sich, wie es weitgehend geschehen ist, lediglich von der Sphäre des Eingriffs auf die der Leistung verlagern. Andererseits ist festzuhalten, daß sie verschieden groß ist; ja, daß in manchen Bereichen, besonders in der gemeindlichen Verwaltung, die öffentliche Hand ihrerseits zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf die Mitwirkung und den guten Willen der Bürger angewiesen ist. Dieses Interesse der Verwaltung an der Unterstützung durch den einzelnen führt nicht selten zu einem Arrangement nach den Regeln des "do ut des". Zugleich läuft es den überkommenen Vorstellungen von dem der staatlichen Gewalt unterworfenen Bürger entschieden zuwider.

1) Subventionsverwaltung, S. 18 f., 136 ff., 141 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 172, 174 ff., 177

Die vorangestellten Erkenntnisse - vor allem die aus der Verwaltungspraxis - sind nicht mehr neu. Sie gilt es aber im Auge zu behalten, wenn zutreffende rechtstheoretische Ergebnisse erzielt werden sollen.

Erstes Kapitel

=====

Die gemeindliche Nichteingriffsverwaltung¹⁾

=====

I. Die geschichtliche Entwicklung (Ein Überblick in Grundzügen)

Die heutige umfangreiche nichteingreifende Verwaltungstätigkeit der Gemeinden geht im eigentlichen Sinne erst auf das Ende des 19. Jahrhunderts zurück²⁾. Erst zu diesem Zeitpunkt setzte sich mit der sprunghaften technisch-industriellen Entwicklung und Zunahme der Bevölkerung gegen die liberalistische Auffassung vom freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte wiederum der Gedanke durch, daß der Staat über die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hinaus vorsorgend und sozialgestaltend tätig werden müsse.³⁾

Dies ist zwar, wenn auch in ungleich bescheidenerem Ausmaß, in den Städten von alters her der Fall gewesen. Sie betrieben schon immer eine rege Wirtschafts-, vor allem Getreidehandelspolitik, stellten ihren Einwohnern notwendige öffentliche Ein-

1) Dieser Terminus wird verwendet, weil die Darstellung der gemeindlichen Verwaltungstätigkeiten bereits unter dem Aspekt der Handlungsformen und Mittel erfolgt, die die Thematik dieser Arbeit bilden. Es läßt sich auch kein Kriterium finden, das zugleich die Sachgebiete und die Rechtsformen erfaßt. Vgl. die entsprechenden Ausführungen von Rübner, S. 132 ff.; vgl. auch H.J. Wolff III, § 137 II. b), S. 124f.; Badura, DÖV 1966, S. 629; Mallmann, S. 166 f.; Zeidler, VVDStrL 19, S. 210 ff.

2) Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 56; Siedentopf, S. 17; Rübner, S. 87, 90. Zur Entwicklung der kommunalen Vorsorgeverwaltung im einzelnen vgl. die eingehenden Darstellungen und Belege bei Stern-Püttner, S. 11 ff., bes. 15 ff.; Rübner,

3) H.J. Wolff III, § 137 I. a), S. 123; Forsthoff, S. 88 ff. Rechtsfragen, S. 23 ff., bes. 26 ff.

richtungen zur Verfügung und ergriffen auch Maßnahmen der sozialen Fürsorge¹⁾. Seit dem Merkantilismus dienten ihnen ihre Einrichtungen auch als ergiebige Einnahmequellen, die sie durch die Errichtung bisher ausschließlich privater Initiative überlassener gewerblicher Betriebe noch vergrößerten.²⁾

In diesen Tätigkeitsformen jedoch die unmittelbaren Vorläufer neuerer kommunaler Verwaltung zu sehen, erscheint nicht an-
gänglich, zumal der Liberalismus des beginnenden 19. Jahrhun-
derts auch die Gemeinden zum Rückzug aus weiten Bereichen ih-
rer wirtschaftlichen Tätigkeit veranlaßte.³⁾ Seitdem betrach-
teten sie als ihre vornehmliche Aufgabe, diejenigen Veranstal-
tungen zur Verfügung zu stellen, die aus wirtschafts-, sozial-
und siedlungspolitischen Gründen notwendig wurden, von Privaten jedoch nicht in ausreichender Weise garantiert werden konn-
ten. Dabei stellten sie durchweg ihre erwerbswirtschaftlichen
Motive hinter die gemeinwirtschaftlichen zurück.⁴⁾

Die zunehmende Industrialisierung führte auch zu einer eigen-
ständigen kommunalen Wirtschaftspolitik, die bisher ein Pri-
vileg des Reiches gewesen war. Förderung mittels Subventionen
blieb jedoch der Grundauffassung des liberal-bürgerlichen
Staates gemäß zunächst auf Ausnahmefälle beschränkt und er-
folgte selbst dann nur in verdeckten Formen - meist über Grund-

1) Vgl. Siedentopf, S. 16 f.; Rübner, S. 24 ff., 90, jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

2) Siedentopf, S. 17; Rübner, S. 25 f., wiederum mit zahlrei-
chen Nachweisen.

3) So Stern-Püttner, S. 11, 13; Siedentopf, S. 17; Rübner, S. 87,
90, und die angegebene Literatur. Doch weist Köttgen, Spiel-
raum, S. 9, darauf hin, daß die gemeindliche Verwaltung im
eigentlichen Sinne niemals als Widerpart der Gesellschaft
gegolten habe.

4) Siedentopf, S. 17; Rübner, S. 90, beide mit Nachweisen;
Stern-Püttner, S. 25.

stückspreise.¹⁾

Hatte sich die gemeindliche Verwaltung besonders auf den Gebieten des Verkehrs und der Versorgung bis zum Anfang dieses Jahrhunderts in starkem Maße wirtschaftlich engagiert, so war damit ihr Betätigungsfeld auch im wesentlichen abgesteckt. In der Weimarer Zeit fand eine Kommunalisierung weiterer Wirtschaftsbereiche nicht mehr statt; lediglich der Einfluß auf den alten Bereichen wurde noch unwesentlich erweitert. Bis zum Jahre 1945 veränderte sich das Verhältnis von kommunaler und privater Wirtschaft nicht mehr grundlegend.²⁾ Die wiederholten Krisenzeiten ließen auch die Gemeindefinanzen nicht unberührt und verhinderten einen ungestörten gleichmäßigen Ausbau kommunaler Wirtschaftsbetätigung.³⁾

Dagegen veranlaßten die Krisen die Gemeinden seit dem 1. Weltkrieg mit dem Wandel der Staatsidee zum Staat der Daseinsvorsorge und Sozialgestaltung zu finanziellen Unterstützungen einzelner in Not geratener Wirtschaftsunternehmen, denen nicht selten ein völliger Mißerfolg beschieden war. Auch im nationalsozialistischen Staat wurden die Realförderungen⁴⁾ und Subven-

1) Möller, Wirtschaftsförderung, S. 53 f.; vgl. dens., Subventionsverwaltung, S. 23 Fußn. 11. Zur Entwicklung kommunaler Sozial- und Wirtschaftspolitik s. auch Köttgen, Spielraum, S. 10 ff.

2) Stern-Püttner, S. 30, mit ausführlicher Begründung und umfassenden Nachweisen auf S. 25 ff.; auch Rübner, S. 127 f.

3) Stern-Püttner, S. 25 ff.

4) Damit sollen in Anlehnung an Möller, Subventionsverwaltung, S. 52 ff.; dens., Wirtschaftsförderung, S. 31, 38, 114, 152 ff., 180 f., diejenigen Vorteilszuwendungen umschrieben werden, die die Gemeinden in Lenkungsabsicht rein tatsächlich, ohne Begründung besonderer Rechtsverhältnisse gewähren. Zacher, S. 321 f., spricht in diesem Zusammenhang von Entlastungseinrichtungen und -leistungen. Dagegen verstehen verschiedene Autoren im Anschluß an Ipsen, Subventionierung, S. 55, unter Realförderung hauptsächlich die Bevorzugung bei Vergabe öffentlicher Aufträge. Vgl. dazu die Hinweise bei Zuleeg, Rechtsform, S. 16.

tionierungen fortgesetzt, wobei man weiterhin verdeckte Formen bevorzugte¹⁾.

II. Die heutige gemeindliche Nichteingriffsverwaltung

1. Die gemeindliche Vorsorgeverwaltung²⁾

Nach dem 2. Weltkrieg nahm die gemeindliche Versorgungswirtschaft im Zuge des allgemeinen Wirtschaftswachstums einen raschen und stabilen Aufschwung³⁾. Neben ihr haben aber, besonders auf dem Lande, weiterhin die privaten und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen einen starken Anteil an der Versorgung der Bevölkerung⁴⁾. Die gemeindlichen Einrichtungen sind durch die Nachfolgevorschriften zu § 17 Abs. 1 DGO⁵⁾ sowie

-
- 1) Zum Geschichtlichen s. Möller, Wirtschaftsförderung, S. 54; ders., Subventionsverwaltung, S. 23. Zum Verhältnis der kommunalen Wirtschaftsförderung zu der des Reiches bzw. Bundes vgl. Köttgen, Spielraum, S. 13 ff.
 - 2) Dieser Begriff wird im Anschluß an H.J. Wolff III, § 137 III. b) 1., S. 127 f., gewählt, der der ordnenden Verwaltung die leistende gegenüberstellt und innerhalb dieser wiederum die Aufgaben der Vorsorge-, Sozial- und Förderungsverwaltung unterscheidet. Dieser Unterscheidung entspricht im wesentlichen Baduras, DÖV 1966, S. 630, Trennung in Leistungs- und lenkende Verwaltung. Dazu aber Rübner, S. 137 f.. Dabei ist sich Wolff bewußt, daß eine befriedigende Definition der Leistungsverwaltung noch nicht gelungen ist. Er verwendet den Ausdruck daher einzig aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zur Umschreibung der Verwaltungssachgebiete, die Rübner, S. 133, der fördernden Verwaltung zuordnet. Zu den Schwierigkeiten einer terminologischen Erfassung der heutigen Verwaltungswirklichkeit vgl. Rübner, S. 132 ff.; Wolff, ebd., § 137, S. 122 ff.
 - 3) Stern-Püttner, S. 37 ff.
 - 4) Rübner, S. 144; statistisches Material bei Stern-Püttner, S. 38 ff.
 - 5) Vgl. z.B. § 18 Abs. 2 GO NW; Art. 21 Abs. 1 GO Bayern.

für die Energieversorgung durch das Energiewirtschaftsgesetz, welches auch die privaten Energieunternehmen erfaßt, einer allgemeinen Versorgungspflicht unterworfen. Den privaten Betrieben werden darüber hinaus - etwa im Bereich der Wasserversorgung - besondere öffentliche Pflichten durch Konzessionsverträge auferlegt¹⁾. Andererseits können nach dem Vorbild von § 18 DGO²⁾ zugunsten bestimmter öffentlicher Einrichtungen durch Satzung Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet werden. Die Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO³⁾ stellen den erwerbswirtschaftlich ausgerichteten Versorgungsunternehmen, wie Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerken und Verkehrsbetrieben, die nichtwirtschaftlichen Betriebe gegenüber, als welche sie die den Gemeinden gesetzlich vorgeschriebenen sowie die Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege ansehen.

1) Vogel, S. 137 ff.

2) Vgl. z.B. § 19 GO NW; Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 GO Bayern. Aus der Voraussetzung satzungsmäßiger Regelung ergibt sich zwingend, daß Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten von Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen nicht zulässig sind. Vgl. dazu die Ausführungen und Nachweise unten S. 49 mit Fußn. 1 ff., S. 51 mit Fußn. 1 sowie Reuß, S. 285 f.

3) Sie finden sich bis auf die Verfassung von Bremerhaven in allen deutschen Gemeindeordnungen, teilweise mit verschärften Bedingungen wie nach § 69 GO NW und Art. 75 GO Bayern, teilweise mit gemilderten Voraussetzungen wie nach § 98 GO Hessen und § 85 GO Baden-Württemberg. Vgl. dazu Surén, S. 140 ff.. Unzutreffend nahm der BayVerfGH in seiner Entscheidung v. 23.12.1957, BayVGHE n.F. 10 II, S. 113 ff. (124) = DÖV 1958, S. 216 ff. (218) die örtlichen Verkehrs- und Versorgungsbetriebe von den wirtschaftlichen Unternehmungen i.S. des Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 u. 3 und Abs. 2 GO Bayern aus, um dessen verschärfte Subsidiaritätsregelung im Einklang mit Art. 83 Abs. 1 Bay Verf. zu halten. Wirtschaften und Verwalten sind aber auch nach den deutschen Gemeindeordnungen keine Gegensätze. Vgl. hierzu unten S. 122 mit Fußn. 3. Zustimmend zur Entscheidung des BayVerfGH Kratzer, BayVB1 1962, S. 133; wohl auch Zeiß, DÖV 1958, S. 201 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 124 Fußn. 55; ablehnend dagegen Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 7 Fußn. 15; Stern, BayVB1 1962, S. 131 f.; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 47 Fußn. 1; ferner Rübner, S. 151 Fußn. 139; Siedentopf, S. 47 f.; beide mit Nachweisen.

Letztere werden i.d.R. als unselbständige Regiebetriebe geführt; jedoch läßt das Gemeindewirtschaftsrecht teilweise auch ihre Verwaltung in der Form des organisatorisch stark verselbständigten Eigenbetriebes zu¹⁾. Dieser ist die typische Rechtsform der wirtschaftlichen Unternehmungen der Kommunen, denen auf diese Weise eine kaufmännische Geschäftsführung ermöglicht werden soll²⁾. Als Funktionseinheiten der gemeindlichen Verwaltung sind die Eigenbetriebe nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten³⁾. Statt ihrer können die Gemeinden die privatrechtlichen Rechtsformen der Eigengesellschaft, praktisch GmbH und AG, wählen⁴⁾. Darüber hinaus finden sich im kommunalen Bereich, wie angedeutet, zahlreiche sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, d.s. Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an denen die öffentliche Hand und Private kapitalmäßig beteiligt sind⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Zeiß, KommHdb. III, S. 641, 650, 653; Surén, S. 517 f.; Siedentopf, S. 23, der auf die Gemeindeordnungen von NW (§ 69 Abs. 2 Satz 2, dazu § 10 Abs. 2 der GemHaushVO v. 26.1.1954 (GVBl., S. 59) mit VerwVO vom gleichen Tage (MinBl., Sp. 201)), Hessen (§ 98 Abs. 2 letzter Satz) und Schleswig-Holstein (§ 82 Abs. 2 letzter Satz) hinweist.
 - 2) Vgl. Siedentopf, S. 23 f.; Rüfner, S. 237 f., beide mit Nachweisen. Zum Überwiegen der Eigenbetriebe gegenüber den Eigengesellschaften seit 1933 vgl. Jecht, S. 91, ebenfalls mit Hinweisen. Als Rechtsgrundlagen s. beispielhaft die Eigenbetriebsverordnung von Nordrhein-Westfalen v. 22.12.1953 (GVBl., S. 435) und das Eigenbetriebsgesetz von Hessen v. 9.3.1957 (GVBl., S. 19). In einigen Ländern gilt die alte Eigenbetriebsverordnung v. 21.11.1938 (RGBl I, S. 1650) noch fort.
 - 3) Jecht, S. 53; Siedentopf, S. 56 ff., mit zahlreichen Nachweisen.
 - 4) Vgl. z.B. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 248; Reuß, S. 260, 283; Beinhardt, S. 246; zu Einzelheiten vgl. auch Rüfner, S. 253 f., und die dort angeführte Literatur.
 - 5) Vgl. z.B. H.J. Wolff, ArchKommWiss., S. 171 f.; Badura, ebd., S. 249; Siedentopf, S. 27 f.; Rüfner, S. 186 ff., die beiden letzten mit Nachweisen. Wolff, ebd., S. 172, weist darauf hin, daß diese aus wirtschaftlichen Erwägungen nicht zu umgehen seien.

2. Die gemeindliche "Teilnahme am allgemeinen Wirtschafts- und Erwerbsleben" (Die wirtschaftende gemeindliche Verwaltung¹⁾)

Neben den aufgeführten öffentlichen Einrichtungen haben sich die traditionellen Gemeindeforsten und in geringem Umfang auch landwirtschaftliche Gemeindegüter bis in die heutige Zeit erhalten. Darüber hinaus besitzen die Gemeinden vereinzelt gewerbliche Betriebe wie Druckereien, Brauereien, Hotels und Ratskeller. Ihre finanziellen Erträge fallen jedoch im Verhältnis zum Steueraufkommen für den gemeindlichen Haushalt nicht mehr nennenswert ins Gewicht²⁾. Heute ist den Kommunen die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen nur mehr unter den strengen Voraussetzungen der Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO erlaubt³⁾.

Von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist dagegen die gemeindliche Beschaffungs- und Vergabetätigkeit, von der gängigen Terminologie als Hilfsgeschäft der Verwaltung bezeichnet⁴⁾. Sie reicht vom Ankauf des Bürobedarfs und der sonstigen, zur Ausstattung der gemeindlichen Behörden erforderlichen Gegenstände bis zum Vertragsschluß über die Erstellung großer Bauvorhaben wie Gebäude, Straßen und Anlagen. Seit dem 1. Weltkrieg haben sich ihr Ausmaß und Umfang mit der technischen

1) Zu diesen Begriffen s. H.J. Wolff I, § 23 II. a), S. 105; § 3 I. c) 3., S. 20.

2) Vgl. Stern-Püttner, S. 45 f.. Von Bedeutung ist lediglich noch die Forstwirtschaft für die kleineren Städte und Gemeinden. Vgl. auch Rübner, S. 142.

3) Zu den Rechtsbestimmungen s. oben S. 38 Fußn. 3. Zu den Konsequenzen aus ihnen im einzelnen vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 124/5 mit Fußn. 56; Rübner, S. 143 Fußn. 96; und die umfangreichen Nachweise bei Beinhardt, S. 240 Fußn. 277.

4) Vgl. die Ausführungen von Forsthoff, Auftraggeber, S. 7 u. 10. Zur Problematik dieser Qualifizierung s. im übrigen unten S. 118 ff., bes. S. 131 ff.

Entwicklung ständig ganz außerordentlich erhöht¹⁾).

3. Die gemeindliche Förderungsverwaltung²⁾ (Subventionen der Gemeinde)

Auch die gemeindliche Subventionstätigkeit hat in den letzten Jahrzehnten immer größere Bedeutung erlangt. Sie konzentriert sich auf die sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Verwaltungsbereiche³⁾, ist im übrigen aber von fast unbegrenzter Vielfalt⁴⁾. Daher läßt sie sich naturgemäß nur schwer durch besondere gesetzliche Vorschriften oder Verwaltungsrichtlinien erfassen⁵⁾. Sie erfolgt vornehmlich durch

1) Vgl. Forsthoff, Auftraggeber, S. 8 ff., 21; ferner Zuleeg, NJW 1962, S. 2231, und Haak, S. 11, beide mit Zahlenangaben.

2) Zur Wahl dieses Begriffes s. oben S.37 Fußn. 2.

3) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 29 f., 43; auch Götz, S. 315.

4) Beispiele bei Möller, ebd., S. 35 ff., 78 f.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 136. Vgl. auch Götz, ebd.; Rübner, S. 198; und Ipsen, VVDStrL 25, S. 260, der darauf hinweist, daß die "Subventionszwecke vielfältig wie die öffentlichen Interessen" seien.

5) Bitter, S. 89; Zacher, S. 385 ff.; Rübner, ebd., sprechen vom Fehlen jeglicher gesetzlicher Regelung der Gemeindesubventionen. Möller, Subventionsverwaltung, S. 41 f., 61, 108 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 135, 152, weist aber darauf hin, daß die Gemeindeverwaltung besonders im Sozialbereich i.d.R. die sachlichen Grundsätze und Bedingungen des Bundes oder Landes im wesentlichen auch für sich als verbindlich ansehe, wobei oft besondere Bedingungen und Auflagen ausgehandelt würden. Im kulturellen Bereich würden häufig interne Verwaltungsanordnungen (Richtlinien) erlassen, allerdings wegen der verschiedenen individuellen Subventionstatbestände mit weitem Verhandlungsspielraum. Gleiches gelte für die Wirtschaftssubventionen, deren Bedingungen und Auflagen jedoch geradezu Punkt für Punkt ausgehandelt würden.

verlorene Zuschüsse, Darlehen und Eingehung bedingter Verpflichtungen (Bürgschaften und Gewährleistungen). Von diesen Subventionsarten ist der Zuschuß das wichtigste und meistgebrauchte Lenkungsmittel der Gemeinden. Lediglich als Mittel kommunaler Wirtschaftsförderung wird er selten und dann regelmäßig auch nur in verdeckten Formen verwendet¹⁾.

Subventionskredite werden dagegen vorzugsweise zur Finanzierung größerer Anlagen und zur Unterstützung wirtschaftlicher Betriebe gewährt²⁾. Dabei kann die Gemeinde in der Art verfahren, daß sie sich lediglich die Entscheidung über die Subventionierung und die Festlegung der Subventionsbedingungen vorbehält, den Abschluß des Darlehensvertrages aber der Hausbank des Kreditnehmers überbürdet, bei der sie die Darlehensvaluten belegt oder der sie entsprechende sonstige Sicherheiten gewährt³⁾.

Bürgschaften sind vor allem dann sinnvoll, wenn der private Subventionsempfänger die erforderlichen Gelder zwar auf dem Kapitalmarkt selbst aufbringen, nicht jedoch die verlangten Sicherheiten geben kann. Auch sie dienen hauptsächlich der kommunalen Bau- und Wirtschaftsförderung⁴⁾. Gewährleistungen schließlich sollen das wirtschaftliche Risiko des Privaten aus einem bestimmten Vorhaben abdecken⁵⁾.

1) Möller, Subventionsverwaltung, S. 79 ff., 85 f.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 136 ff.; Rübner, S. 198.

2) Möller, ebd., S. 84; ders., ebd., S. 141 f.

3) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 85; ferner Schüle, VVDStrL 11, S. 97; Henze, S. 33/4; Schaumann, S. 111; Zacher, S. 373 ff.. Die Gemeinde schont auf diese Weise die eigenen Haushaltsmittel und macht sich zugleich die bankenmäßigen Erfahrungen der Kreditinstitute zunutze.

4) Möller, ebd., S. 88; vgl. ders. auch in: Wirtschaftsförderung, S. 143.

5) Vgl. ebd., S. 90 f.; ders., ebd., S. 143 f..

Im gemeindlichen Bereich häufig sind auch die bereits angesprochenen verdeckten Subventionierungen Privater, die vor allem mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und der entgeltlichen Abgabe von Leistungen verbunden werden. Weit verbreitet sind die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmer bei der Auftragsvergabe und die Abgabe gemeindlicher Grundstücke unter dem Verkehrswert, meist sogar unter dem Ersterhungspreis an ansiedlungsbereite Industrieunternehmen¹⁾.

1) Zu dieser gemeindlichen Praxis s. Möller, Subventionsverwaltung, S. 99, 105; ders. Wirtschaftsförderung, S. 138 f., 147 f.. Im übrigen lassen sich nach Möller, Subventionsverwaltung, S. 78; ders., Wirtschaftsförderung, S. 136, alle Rechtsverhältnisse mit Geld- oder Geldwertcharakter zwischen Gemeinden und Dritten subventionsmäßig manipulieren.

Zweites Kapitel

=====

Die gemeindliche Nichteingriffsverwaltung in öffentlichrecht-

=====

lichen und privatrechtlichen Rechtsformen

=====

I. Privatrecht bei "Teilnahme am allgemeinen Wirtschafts- und Erwerbsleben" (Bei "rein fiskalischer" Tätigkeit)

Nach traditioneller deutscher Rechtslehre bedient sich die Verwaltung der Institute des Privatrechts, wenn sie wie jede andere Rechtsperson am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, beispielsweise Kaufverträge abschließt oder Aufträge vergibt. Diese Auffassung, die auf der überkommenen Trennung des sog. rein fiskalischen und somit für das öffentliche Recht vermeintlich uninteressanten Handelns der öffentlichen Hand von ihren "wahren" Verwaltungsobliegenheiten beruht, ist, anders als in Frankreich¹⁾, bis heute nahezu unbestritten²⁾. Ob sie es mit den wachsenden Zweifeln an der Berechtigung dieser Unterscheidung auch in Zukunft bleiben wird, ist abzuwarten. Dessen ungeachtet ist sie aber auch sachlich gerechtfertigt,

1) Dazu, daß dieser Bereich dort weitgehend zum öffentlichen Recht gehört, s. RUFNER, S. 353. Vgl. jedoch ebenfalls seine Ausführungen über die unsicheren, schwankenden Abgrenzungen zwischen privatem und öffentlichem Recht auch in Frankreich, S. 265 ff., bes. S. 272 ff..

2) Rupp, JuS 1961, S. 61, sieht lediglich eine Entwicklung zur Übereinstimmung von öffentlichem Recht und öffentlicher Verwaltung. Auch GIACOMETTI, S. 111, fordert nur eine öffentlich-rechtliche Verwaltung unter rechtsstaatlichem Aspekt.

selbst wenn man entgegen Rüfner¹⁾ die Möglichkeit verwaltungsrechtlicher Vertragsabschlüsse - etwa in der Beschaffungs- und Vergabeverwaltung - nicht ausschließt. Denn zu Recht weist Bullinger²⁾ darauf hin, daß die Verwendung der institutionell durchgeformten privatrechtlichen Vertragsregeln um der Sicherheit des wirtschaftlichen Rechtsverkehrs willen geboten sei, der nicht mit der Heranziehung des unentwickelten verwaltungsrechtlichen Vertragsrechts rechne. Seine Anwendung würde darüber hinaus auch nicht der Vorstellung und dem Willen der Verwaltung entsprechen³⁾.

II. Öffentliches und privates Recht in der gemeindlichen Vorsorgeverwaltung

Die erwähnten Argumente sind zunächst auch den Autoren entgegenzuhalten, die die Rechtsbeziehungen der gemeindlichen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe zu ihren Abnehmern bzw. Benutzern ausnahmslos dem öffentlichen Recht unterstellen wollen⁴⁾. Daß ihre Auffassung darüber hinaus in Widerspruch

1) S. 353; vgl. auch Fußn. 20; ferner Bullinger, S. 231, der die Verwendung des Privatrechts "in ihrem legitimen Bereich" sogar zu den "verfassungsrechtlich garantierten Grundprinzipien des Rechtsstaats deutscher Prägung" zählt.

2) S. 91; s. auch S. 29, 92, 231, 254; ferner Beinhardt, S. 248, 249, dessen Hinweis auf die Unmöglichkeit verwaltungsvertraglicher Gestaltung schon "ex definitione" jedoch nicht zutrifft. S. auch die einschlägigen Ausführungen und Nachweise unten S. 77 ff.

3) Auf die Bedeutung des Willens der Verwaltung im Bereich rechtlicher Gestaltungsfreiheit weist vor allem Klebe, S. 17, 51 f., bes. S. 60 f., wiederholt nachdrücklich hin. Vgl. auch unten S. 77 mit Fußn. 2.

4) So Rupp, DVBl 1958, S. 115; ders., JuS 1961, S. 61; Kratzer, DVBl 1961, S. 604; ders., BayVBl 1962, S. 134; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 51 f.; ähnlich Bischoff, S. 71; vgl. auch Wertenbruch, S. 109, unter Abstellen auf den materialen Gehalt der Verwaltungstätigkeit; dazu aber auch die Stellungnahme Schaumanns, S. 111. S. auch die ablehnenden Ausführungen von Siedentopf, S. 76 ff..

zum geltenden deutschen Recht steht, das von jeher das private Recht als Mittel öffentlicher Verwaltung anerkannte, dürfte dagegen kein zwingender Einwand gegen sie sein¹⁾. Die Erkenntnis, daß sich die Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht im einzelnen - mangels a priori vorgegebener Kriterien - zwangsläufig oftmals historisch zufällig entwickelt hat²⁾, spräche eher dafür, sie durch eine einheitliche rechtssystematische Einordnung zu korrigieren. Eine solche Korrektur könnte sich nur in einem behutsamen Wandlungsprozeß³⁾ und ohne den Anspruch vollziehen, rechtsdogmatisch unbestreitbare Ergebnisse an die Stelle willkürlicher Abgrenzungen zu setzen. Sie brauchte lediglich den wertvollen Nachweis zu erbringen, rechtlich zweckmäßiger und praktisch geeigneter zur Bewältigung der bisherigen Schwierigkeiten zu sein⁴⁾. Mehr schwebt den Verfechtern der rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise der gemeindlichen Daseinsvorsorge auch nicht vor, wenn sie die Teilhabe des einzelnen an den lebenswichtigen Leistungen der öffentlichen Hand nur so als gewährleistet ansehen.

-
- 1) A.A. Rübner, S. 370 f.. S. auch seine umfangreichen Nachweise zur Gestaltungsfreiheit der Verwaltung, S. 370 Fußn. 102.
 - 2) So Rübner, S. 13, 371, bes. S. 351, unter Hinweis auf Molitor, S. 48 f.; ferner Bachof, VVDStrL 12, S. 65; Zeidler, VVDStrL 19, S. 247; Reuß, S. 259, bes. S. 281; Zuleeg, Rechtsform, S. 24, und die in Fußn. 162 aufgeführten Autoren; vor allem aber Bullinger, Recht, der sie zugunsten eines differenzierten Gemeinrechts ganz aufgeben möchte.
 - 3) Insoweit ist der Einwand Rübners, S. 371, berechtigt, daß neues Gewohnheitsrecht sich nur langsam ausbilden könne.
 - 4) Wenn Rübner, ebd., von einer Abgrenzung "ganz nach theoretischen Spekulationen" spricht, läßt er außer acht, daß sein Bestreben, die Subventionsverwaltung ganz dem öffentlichen Recht zu unterstellen, nicht von anderer Art sein kann. Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 51 ff., bes. S. 74 ff. unten.

Dieser Überzeugung ist aber mit der allgemein bejahten öffentlich-rechtlichen Gebundenheit der materiellen Verwaltungstätigkeit auch in privaten Rechtsformen weitgehend der Boden entzogen.

Doch verbleiben die Zweifel hinsichtlich des zuständigen Gerichtszweiges, wenn man auch fernerhin mit der fast allgemeinen Meinung davon ausgeht, daß der gemeindlichen Verwaltung die Wahlfreiheit zusteht, ob sie die Leistungs- bzw. Benutzungsverhältnisse ihrer öffentlichen Einrichtungen nach öffentlichem oder nach privatem Recht ausgestalten will, mag die Gestaltungsfreiheit auch nicht unbegrenzt sein¹⁾. Daß die Kommunen sich auch nach Schaffung der gesetzlichen Grundlage für Benutzungsgebühren in Gestalt der Kommunalabgabengesetze ganz überwiegend für das Privatrecht entschieden haben, ist unter den oben zur sog. Fiskalverwaltung herausgestellten Gesichtspunkten nicht rechtsmißbräuchlich, sondern legitim²⁾. Wie das Benutzungsverhältnis organisiert ist, ist jedoch mitunter im konkreten Einzelfall sehr schwierig zu erkennen.

Immer dann, wenn - wie nicht selten - eine positivrechtliche Klarstellung fehlt, ist die Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses nur mit Hilfe von Lehre und Rechtsprechung³⁾

1) Zu den Schwierigkeiten einer Grenzziehung vgl. Schneider, NJW 1962, S. 706; Reuß, S. 280 ff.; Rüfner, S. 349, unter Hinweis auf Krüger, DVBl 1955, S. 384.

2) Krüger, ebd.; Bullinger, S. 91 f.; Rüfner ebd.

3) S. etwa Frosthoff, Lehrbuch, S. 383 f.; H.J. Wolff I, § 22 III. b), S. 101; II, § 99 V. a), S. 348 f.; und DVBl 1961, S. 209; Stern, BayVBl 1960, S. 394; Siedentopf, S. 70 ff.; Zitscher, S. 143 ff.; Budde-Hupfauer, S. 86 ff.; BGHZ 9, S. 145 ff. (147), Urt.v. 26.3.1953; 16, S. 111 ff. (112), Urt.v. 10.1.1955; BGH Urt.v. 26.5.1961, JZ 1962, S. 217 ff. (217 f.); BVerwG, Urt.v. 18.10.1960, DVBl 1961, S. 207 ff.; BayVerfGH, Urt.v. 20.6.1956, VGHE n.F. 9 II, S. 114 ff. (118 ff.) = DÖV 1956, S. 499 f.

erarbeiteter allgemeiner Gesichtspunkte zu bestimmen. Die wohl noch herrschende Subordinationstheorie, nach der eine öffentlichrechtliche Ordnung anzunehmen ist, wenn die Verwaltung dem Bürger kraft hoheitlicher Überordnung, nicht mit der für das Privatrecht typischen Gleichordnung gegenübertritt¹⁾, versagt in der Leistungsverwaltung zwangsläufig ebenso wie H.J. Wolffs²⁾ Subjektstheorie, nach der diejenigen Rechtsverhältnisse als öffentlichrechtlich anzusehen sind, die sich aus einem notwendig nur dem Staat (oder einem sonstigen Subjekt hoheitlicher Gewalt) zugeordneten Rechtssatz ergeben. Denn eine Über-Unterordnung ist in diesem Bereich nur selten gegeben; die Benutzung der gemeindlichen Einrichtungen erfolgt weitgehend auch nicht auf Grund gesetzlicher Verpflichtung, sondern auf Grund freier, nicht auf einem Rechtssatz beruhender Einigung³⁾.

Bindeutig dem öffentlichen Recht zuzuweisen sind allerdings diejenigen Rechtsverhältnisse, die auf Grund gemeindlichen Anschluß- und Benutzungszwanges begründet werden⁴⁾. An die-

-
- 1) Vgl. Molitor, S. 31 ff., 48 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 107 f., 384; und die unten S. 70 Fußn. 1 aufgeführten Autoren.
 - 2) AöR 76 (1950/1), S. 205 ff.; ders., I, § 22 II. c), S. 99 ff.; weitere Anhänger dieser Theorie auf S. 71 Fußn. 1.
 - 3) Vgl. Rupp, JuS 1961, S. 60; Bullinger, S. 38/9. Zur Unbrauchbarkeit der Abgrenzungstheorien im Bereich der Nichteingriffsverwaltung s. im übrigen die Ausführungen und Nachweise unten S. 68 ff.
 - 4) So auch die überwiegende Auffassung in Lit. und Kspr.. Stellvertretend seien genannt: Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 83 f.; Siedentopf, S. 80 ff.; Reuß, S. 280; Rüfner, S. 351, und die dort angegebene std. Rspr. des preuß. OVG; ferner BGH, Urt.v. 23.2.1956, JZ 1956, S. 488 f. (489), mit zust. Anm. von H.J. Wolff; OVG Münster, Urt. v. 8.10.1958, OVG 14, S. 81 ff. (84, 89); BayVGh, Urt. v. 15.1.1959, BayVBl 1959, S. 125 ff. (125).

ser Auffassung ist auch unter der Geltung der Nachfolgebestimmungen zu § 18 DGO, die an die Stelle der alten polizeirechtlichen Grundlage getreten sind¹⁾, festzuhalten. Zweifel an ihr sind deshalb nicht gerechtfertigt, weil Anschluß- und Benutzungszwang nur durch Satzung vorgeschrieben werden können, die notwendigerweise auch die Benutzungsmodalitäten des Leistungsverhältnisses festlegen muß²⁾. Daß die einseitige hoheitliche Festsetzung eines Rechtsverhältnisses durch Satzung seine öffentlichrechtliche Natur indiziert³⁾, wird aber zum Teil auch von den Autoren zugestanden, die insofern inkonsequent trotz Anschluß- und Benutzungszwanges eine privatrechtliche Nutzungsordnung für zulässig erachten⁴⁾.

Dieses Ergebnis wird jedoch nur scheinbar mit Hilfe der Subordinationstheorie gewonnen⁵⁾. In Wirklichkeit ist die Subordination erst eine Folge des durch Satzung vorgeschriebenen

-
- 1) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 120, mit Nachweisen. Zur Entwicklung des Anschluß- und Benutzungszwanges s. auch Zitscher, S. 144 ff..
 - 2) So Siedentopf, S. 82, unter Hinweis auf die Verwaltungsverordnung v. 4.2.1953 und Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 79; Kottenberg, S. 144/5; Rüfner, S. 351.
 - 3) Vgl. Siedentopf, ebd., mit Nachweisen; Schreier, S. 48 f.; Zitscher, S. 85, 164 f.; Rüfner, ebd.; bes. Köttgen, ebd., S. 79, S. 82 mit Fußn. 77.
 - 4) Vgl. Siebert, Festschr. für Niedermeyer, S. 231/2, der ansonsten bei Ausübung behördlicher Befehls- und Zwangsbefugnisse von eindeutig öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen ausgeht, vgl. DÖV 1959, S. 733; H.J. Wolff, Arch KommWiss., S. 169 f.. Wie er nehmen auch Hurst, S. 839/40; Hauelsen, S. 838; Gönnenwein, S. 516; Forsthoff, Lehrbuch, S. 383; von Jacobs, S. 29 ff., nur eine Vermutung für den öffentlichrechtlichen Charakter des Benutzungsverhältnisses an.
 - 5) Rüfner, S. 351 f., drückt sich insoweit zumindest unklar und mißverständlich aus.

Anschluß- und Benutzungszwanges¹⁾. Man vermag also lediglich zu sagen, daß ein Leistungsverhältnis wegen seiner Regelung in einer Satzung öffentlichrechtlicher Natur sein muß, jedoch nicht die entscheidende Frage zu beantworten, wann eine solche öffentlichrechtliche Regelung zu treffen ist.

Daher bleibt es zwangsläufig den Gemeinden überlassen, ihre Rechtsverhältnisse der Daseinsvorsorge durch Satzung oder allgemeine Geschäfts-(Lieferungs-)bedingungen zu gestalten. Fehlt es an einer solchen Ordnung oder ist sie - wie bei einem bloßen Tarifbeschluß²⁾ - nicht klar erkennbar, ist man auf die Vermutung typischer Gestaltung angewiesen³⁾. Zu Recht stellt man schließlich auch auf den von der Behörde verlautbarten Willen und die gewählte Bezeichnung ab, sofern sie mit den tatsächlichen Verhältnissen vereinbar sind⁴⁾.

Keine Schwierigkeiten bereitet dagegen die rechtliche Charakterisierung der Nutzungsverhältnisse von Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Diese

1) Darin hat H.J. Wolff I, § 22 II. a) 7., S. 98, mit seiner Kritik an der Subordinationstheorie recht. Vgl. auch Stern, AöR 84 (1959), S. 316, und Beinhardt, S. 246.

2) Vgl. BayVerfGH, Urt.v. 20.6.1956, VGHE n.F. 9 II, S. 114 ff. (121) = DÖV 1956, S. 499 f. (500), nach dem ein nicht als Gebührensatzung bezeichneter Tarifbeschluß des Stadtrates nicht zur Annahme hoheitlicher Gestaltung ausreicht.

3) Vgl. dazu Siebert, DÖV 1959, S. 735; Reuß, S. 280; Forsthoff, Lehrbuch, S. 383 f.; BVerwG, Urt.v. 18.10.1960, DVBl 1961, S. 207 ff., mit zust. Anm. von H.J. Wolff; KG, Urt.v. 18.9.1956, NJW 1957, S. 1076 f. (1077), mit abl. Anm. von Schneider.

4) Salzwedel, S. 93; Bayer, S. 37; Reuß, S. 280; Forsthoff, Lehrbuch S. 383; Rübner, S. 354/5; BayVerfGH, Urt.v. 20.6.1956, VGHE n.F. 9 II, S. 114 ff. (119) = DÖV 1956, S. 499 f.. Leisners, S. 201 Fußn. 12, Einwand dagegen wäre nur zutreffend, wenn sich aus der Gestaltungsfreiheit der Verwaltung unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben könnten. Das ist jedoch, wie die weiteren Ausführungen zeigen werden, nicht der Fall.

sind mangels hoheitlicher Gewalt allein auf eine privatrechtliche Regelung verwiesen¹⁾.

III. Öffentliches und privates Recht in der gemeindlichen Förderungsverwaltung

Wie die gemeindliche Vorsorgeverwaltung bewegt sich auch die gemeindliche Förderungsverwaltung durch Subventionen²⁾ im Grenzgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht. Es kann

-
- 1) Vgl. Klebe, S. 58; Siedentopf, S. 82 f.; H.J. Wolff, Arch KommWiss., S. 173; Reuß, S. 281, 286; Rübner, S. 352; a.A. nur Kratzer, DVBl 1961 S. 604; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 52. - Zu der Figur des faktischen Vertrages oder sozialtypischen Kontakts vgl. die Ausführungen und Nachweise bei Rübner, S. 317 f., der zu Recht bezweifelt, ob den aus der weithin fehlenden Abschluß- und Gestaltungsfreiheit folgenden Schwierigkeiten nicht auch mit einer Weiterentwicklung des Zivilrechts begegnet werden könne. In diesem Sinne auch Püttner, S. 142.
 - 2) Auszugehen ist von der wachsenden Erkenntnis, daß sich ein allgemeiner, einheitlicher Subventionsbegriff nicht finden läßt, er vielmehr je nach dem Aspekt, unter dem sein Gegenstand betrachtet wird, verschieden zu umreißen ist. Unter vorliegender primärer Behandlung der Rechtsformen und Grundrechtsschranken sind demgemäß als Subventionen alle gemeindlichen Zuwendungen eines vermögenswerten Vorteils an gemeindefremde Dritte anzusehen, die auf individuellen, jedoch nicht bereits spezifisch ausgeformten Rechtsbeziehungen beruhen und ihren öffentlichen Zweck nicht schon durch sich selbst erfüllen. Dieser Definition entsprechen die oben S.41ff. unter 3. aufgeführten Subventionserscheinungen. Auszuklammern sind dagegen Leistungen der Sozialhilfe und ähnliche Unterstützungen, die Zurverfügungstellung generell begünstigender Entlastungseinrichtungen und -leistungen sowie die dem Steuerrecht unterfallenden Vergünstigungen. Zum Begriff der Entlastungseinrichtungen und -leistungen vgl. Zacher, S. 321 f., und die Ausführungen oben S. 36 Fußn. 4 zum Stichwort Realförderung. Aus der reichhaltigen Literatur zum Subventionsbegriff im allgemeinen sei hier auf Möller, Subventionsverwaltung, S. 46 ff.; Reuß, S. 277; Zuleeg, Rechtsform, S. 13 ff.; Götz, S. 3 ff., 13 ff.; H.J. Wolff III, § 154 I., S. 215 ff.; Zacher, S. 316 ff.; Ipsen, VVDStrL 25, S. 276 ff.; Rübner, S. 194 ff.; bes. Jesch, S. 178, und die dortigen Hinweise verwiesen.

daher nicht verwundern, daß auch über die Rechtsform dieser kommunalen Tätigkeit noch immer keine einheitlichen Auffassungen bestehen. Die steigende Bedeutung finanzieller Zuwendungen als Lenkungsmittel der Gemeinden macht eine Klärung jedoch dringend erforderlich. Es liegt im Wesen und Begriff der Subvention, dem Empfänger eine Begünstigung nur deshalb zukommen zu lassen, um von ihm einen Vorteil für die Allgemeinheit zu erhalten. Den Begünstigten diesen Zielen und Bestrebungen, wenn notwendig, mittels Auflagen oder Bedingungen, dienstbar zu machen, sind der Zweck und die Aufgabe gemeindlicher Subventionierungstätigkeit¹⁾. Der Subventionierte kann auf solche Weise in eine ungewollte Abhängigkeit von den Behörden der Verwaltung geraten²⁾. Vor allem aber gilt das wegen der drohenden Verschiebung der Wettbewerbslage für seine Konkurrenten, die zur Vermeidung von Nachteilen auf gleiche kommunale Förderung angewiesen sind³⁾. Sie alle sind daher wegen der unterschiedlichen Geltung von Rechtsnormen, der bestehenden Haftungs- und Rechtswegfragen, der Fragen nach einer Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts und der Art und dem Umfang öffentlichrechtlicher Bindungen an der

-
- 1) Vgl. statt aller Möller, Subventionsverwaltung, S. 26 ff., 51, 53, 56, bes. 57, 67, 165 f.; dens., Wirtschaftsförderung, S. 142 ff., 171, 177; Zuleeg, Rechtsform, S. 5; Friauf, S. 731 f., 733. Zacher, S. 318, mit weiteren Nachweisen, spricht vom "öffentlichen Zweck als dem am schwierigsten zu erfassenden und doch am stärksten prägenden Element". Vgl. auch H.J. Wolff, III, § 154 I., S. 216; Ipsen, VVDStrL 25, S. 281. Der Hinweis von Götz, S. 45, auf eine Überschätzung der Bedeutung von Auflagen und Bedingungen trifft jedenfalls für die gesetzesfreien kommunalen Subventionen nicht zu.
 - 2) So Zuleeg, ebd.; vgl. auch Krüger, DVBl 1955, S. 385; Hesse, S. 220; Friauf, S. 731 f., 736, mit Nachweisen.
 - 3) Friauf, S. 736/7, weist zutreffend darauf hin, daß sich der einzelne den Einflüssen staatlicher Herrschaftsmacht kaum je entziehen könne, weil ein Verzicht auf Subventionen meist zu Konkurrenzunfähigkeit führe.

rechtlichen Erfassung und Einordnung der gemeindlichen Subventionsverhältnisse interessiert. Nicht zuletzt aber ergibt sich die Problematik der sog. Zweistufentheorie¹⁾ nur, wenn man mit der auch heute noch herrschenden Meinung von ihrer privatrechtlichen Rechtsnatur, jedenfalls soweit das "Erfüllungsgeschäft" in Rede steht, ausgeht.

1. Die rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise der Subventionen

Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß rechtsdogmatische Bedenken gegen die Berechtigung der Annahme zweier Stufen, ja die Berechtigung der privatrechtlichen Betrachtungsweise überhaupt, eine wachsende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung die rein öffentlichrechtliche Behandlung der Subvention befürworten lassen²⁾. Dabei geht man bis auf Möller³⁾ allge-

1) S. dazu die Ausführungen unten S. 96 ff.

2) Schindler, S. 133; Haas, S. 307; Maunz, S. 3, und in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 473 (allerdings eine Verbindung von Verwaltungsakt und öffentlichrechtlichem Vertrag); Janknecht, S. 96 ff., 99 ff.; Zuleeg, Rechtsform, S. 11, 41, 59 ff.; ders., Diss., S. 85; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 44 f.; Rübner, S. 330, 344; Schlichter, S. 739; vgl. auch Schaumann, S. 111, (dazu aber auch Wertentrub, S. 109); differenzierend Möller, Subventionsverwaltung, S. 136 ff., 148 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 179 ff.; H.J. Wolff III, § 154 VI., S. 221 ff.. Auch Imboden, S. 158, 162, 208, macht gewisse Einschränkungen. An Rechtsprechung vgl. BVerwG, Urt. v. 23.7.1958, NJW 1958, S. 2128 ff. (2129 f.); Urt.v. 19.12.1958, NJW 1959, S. 1098 f. (1098); OVG Saarl., Urt.v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708 ff. (709 f.); VG Frankf., Urt.v. 22.4.1966, BB 15. Jg. (1960), S. 1040; BayVG, Urt.v. 25.4.1962, BayVBl 1962, S. 247 f. (247). - Zur grundsätzlich öffentlichrechtlichen Qualifizierung der Subventionszuschüsse s. unten S. 79f.

3) Subventionsverwaltung, bes. S. 136, wo er von dem der Gemeindeverwaltung eigentümlichen Subventionsverhältnis spricht; ders., Wirtschaftsförderung; für das schweizerische Recht auch Imboden, S. 158 ff.

mein ausschließlich von der nichtgemeindlichen Subventionsverwaltung aus. Dagegen wäre unter dem Gesichtspunkt zutreffender rechtlicher Ergebnisse auch für die gemeindliche Verwaltung an sich nichts einzuwenden, wenn nicht der Eindruck bestände, daß einige Autoren nicht zuletzt die Erscheinungen der Subventionspraxis des Bundes und der Länder zu ihrer Untermauerung verwendet hätten, die in der kommunalen Praxis nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Ausschließlichkeit anzutreffen sind. Nur insoweit besteht Grund, in diesem Zusammenhang auf die besonderen gemeindlichen Verhältnisse einzugehen.

Von den Anhängern einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise der Subventionsverhältnisse hat sich Zuleeg¹⁾ wohl am entschiedensten um eine rechtsdogmatische Begründung bemüht. Daraus, daß die Hoheitsträger mit der Vergabe von Subventionen unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllen, leitet er die Vermutung für die Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen her²⁾. Gesichtspunkte, die sie entkräften könnten, lassen sich nach ihm im Regelfall nicht finden; im Gegenteil unterstreichen die einseitige Festlegung der Subventionsbedingungen in allgemeinen Richtlinien und Verwaltungsanordnungen für alle gleichliegenden Fälle und die weitgehende Bindung des Subventionsempfängers an die Bedingungen und Auflagen des Subventionierenden ihre Richtigkeit³⁾. Sie lassen in aller Regel für eine andere Gestal-

1) Rechtsform; ders. schon Diss., S. 85; vgl. dens. auch NJW 1962, S. 2233.

2) Rechtsform, S. 55, unter Hinweis auf BGH, Urt.v. 26.6. 1961, WM 1961, S. 1143; so auch Schindler, S. 134, 139; Zacher, S. 351, mit Nachweisen.

3) Ebd., S. 55 f.; vgl. auch Schindler, S. 133.

tungsform als den Verwaltungsakt keinen Raum¹⁾. Handeln die Parteien ausnahmsweise einmal die Subventionsbedingungen frei aus, so schließen sie nach dem von Zuleeg übernommenen Kriterium dann einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, wenn ihre Vereinbarung hoheitsbezogenen Inhalt aufweist. Das ist nach der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts stets der Fall, wenn Subventionen zur Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben vergeben werden²⁾. Zu anderen Zwecken abgeschlossene Subventionsverträge weist aber auch Zuleeg dem Zivilrecht zu³⁾.

In dem Bestreben, die jeweils für sich als unbefriedigend erkannte Subordinations-, Subjekts- und Interessentheorie zu verbinden, zieht Möller mehrere Kriterien zur rechtlichen Einordnung der gemeindlichen Subventionsverhältnisse heran⁴⁾. Unter betonter Mitberücksichtigung des Willens der Beteiligten ordnet er sie dann dem öffentlichen Recht zu, wenn der Subventionierte "ein allgemein als förderungswürdig anerkannter Träger öffentlicher Aufgaben ist, mit Hilfe der beantragten Subvention eine als förderungswürdig anerkannte Aufgabe erfüllen oder für das Gemeine Wohl tätig werden will und wenn nach dem rechtlich erkennbaren Willen des Antragstellers keine privatrechtliche Gestaltung des erstrebten Subventionsverhältnisses in Frage kommen soll"⁵⁾.

1) Rechtsform, S. 60 ff.. Auf diesen schließen von der "hoheitlichen Überlegenheit des Staates" bei Subventionierung auch Schindler, S. 133 ff.; Ipsen, Subventionierung, S. 65; Henze, S. 65.

2) Ebd., S. 60, unter Berufung auf BVerwG, Urt.v. 23.7.1958, NJW 1958, S. 2128 ff. (2129 f.). Auch Haak, S. 57 f., ordnet die sozialgestaltende, leistende Verwaltungstätigkeit in toto dem öffentlichen Recht zu, soweit es um die Vergabeentscheidung gehe.

3) Ebd., S. 61.

4) Vgl. dazu des näheren die Ausführungen unten S. 75.

5) So Subventionsverwaltung, S. 147, bes. S. 148; Wirtschaftsförderung, S. 179 f., auch 168 ff., 173 ff.

Im übrigen führt Rübner¹⁾ - ohne im eigentlichen den Versuch einer rechtsdogmatischen Begründung zu unternehmen - aus, daß es einer inneren Berechtigung entbehre, zwar Subventionszuschüsse, nicht jedoch Subventionsdarlehen dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Der verwaltungsrechtliche Vertrag sei überall da notwendig und sinnvoll, wo die Verwaltung zu einseitigem Handeln nicht in der Lage, vielmehr auf die Mitwirkung des Subventionsempfängers angewiesen sei. Er eröffne die Möglichkeit einer einheitlichen öffentlichrechtlichen Betrachtung der Subventionen²⁾. Diese trage (jedenfalls im gemeindlichen Bereich) den praktischen Gegebenheiten besser Rechnung und entspreche in den meisten Fällen auch unverkennbar der Vorstellung der Beteiligten³⁾.

Betrachtet man die vorgebrachten Argumente, so wird deutlich, daß zur Bestimmung der Rechtsnatur der gemeindlichen Subventionsverhältnisse zwei Fragen einer Klärung bedürfen, deren Rangfolge zwingend vorgeschrieben ist. Vollzieht sich die kommunale Subventionierung durch Verwaltungsakt oder auf vertraglicher Grundlage; wenn auf Grund vertraglicher Regelung, in den Formen des öffentlichen oder des privaten Rechts? Mit der grundsätzlichen Unterscheidung von Verwaltungsakt und Vertrag und den Gesichtspunkten aus der gemeind-

1) S. 328/9; ders., VVDStrL 25, S. 437 f.

2) So Rübner, S. 330, 336/7, 344; auch Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 45. Jedoch schließt Rübner, S. 337, 377, auch den privatrechtlichen Vertrag als Alternative nicht aus.

3) Imboden, S. 160, in bezug auf die sog. aufgabenübertragenden Subventionen, die er von den sog. aufgabenerfüllenden Subventionen (bei denen sich in der Geldzuwendung zugleich die öffentliche Aufgabe erfüllt) abhebt; vgl. S. 159, 156 ff. Richtig ist an dieser Unterscheidung, daß bei diesen wegen der regelmäßig schwächeren Position der Subventionsempfänger Verhandlungen seltener und in beschränkterem Ausmaß stattfinden werden als bei jenen. Mehr als dieser Indizwert kommt ihr jedoch nicht zu.
Vgl. auch Schaumann, S. 113.

lichen Verwaltungswirklichkeit im besonderen gilt es sich daher zunächst zu befassen.

2. Die Abgrenzung des Verwaltungsakts vom Vertrag

Die Charakterisierung rechtlicher Erscheinungsformen als Verwaltungsakt oder Vertrag konnte so lange keine Schwierigkeiten bereiten, wie die klassische deutsche Verwaltungslehre den Verwaltungsakt als begrifflich einzig mögliche Handlungsform des öffentlichen Rechts betrachtete und demzufolge den Vertrag ausschließlich dem Zivilrecht zuwies. Auch dann, wenn die Zustimmung des einzelnen erforderlich war, konnte es sich wegen der Überordnung des Staates über den Bürger immer nur um einen Verwaltungsakt handeln¹⁾. Seitdem jedoch Lehre und Rechtsprechung²⁾, abgesehen von den Meinungsverschiedenheiten in der Frage der Zulässigkeit, einhellig davon ausgehen, daß die generelle Subordination des Bürgers nicht besage, daß er dem Staat im Einzelfall nicht gleichgeordnet gegenübertreten könne, ist auch im Verwaltungsrecht mit der Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen zu rechnen. Mit dieser Trennung der Alternative Verwaltungsakt-Vertrag von den Rechtsformen des öffentlichen und privaten Rechts ist die Qualifizierung der verschiedenen Rechtserscheinungen schwierig geworden. Zu

1) O. Mayer, AöR 3 (1888), S. 4 f., insbes. 23 f., 41 f.; ders., Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 98, 101; weitere Hinweise bei Stern, VerwArch 49 (1958), S. 110 Fußn.18.

2) Vgl. Fleiner, S. 200 ff.; Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag; dens., AöR 84 (1959), S. 249 ff.; ferner Salzwedel; Imboden; Bullinger. Übersicht über die Rechtsprechung bei Bullinger, S. 50 ff.; aus jüngster Zeit: BGH, Urt.v. 14.7.1966, DVBl 1967, S. 36 ff. (37); BVerwG, Urt.v. 4.2.1966, DVBl 1967, S. 43 ff. (44); OLG Bamberg, Urt.v. 20.5.1964, DVBl 1967, S. 55 ff. (56). Auch der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes hat an der Berechtigung und Erforderlichkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages keinen Zweifel; vgl. §§ 40 - 42, S.185 ff. Weitere Nachweise bei Rübner, S. 317.

ihrer Bestimmung ist zutreffend so zu verfahren, daß man zunächst überprüft, ob die Rechtsbeziehung zwischen Verwaltung und Bürger überhaupt rechtsgeschäftlicher Gestaltung oder nur Verfügungsmäßiger Regelung zugänglich ist. Erst wenn man ihren rechtsgeschäftlichen Charakter bejaht, ist sekundär die Frage zu stellen, ob sie dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterliegt¹⁾. Nur so wird der Gefahr begegnet, als ausschließliches Gegenstück des Verwaltungsakts den verwaltungsrechtlichen Vertrag anzusehen.

Betrachtet man die verschiedenen Ansichten über die Rechtsnatur der (gemeindlichen) Subventionsverhältnisse - öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts, verwaltungsrechtliche Verträge, zweistufige Rechtsverhältnisse, privatrechtliche Verträge -, erscheint jedoch die Frage nicht unberechtigt, ob eine Abgrenzung des Verwaltungsakts vom Vertrag nach begrifflichen Merkmalen überhaupt sinnvoll versucht werden soll. Bullinger jedenfalls lehnt ein solches Bemühen als unfruchtbaren Streit um Worte ab²⁾. Das ist nicht zu verwundern, da es ihm so leichter fällt, seine Auffassung, daß der Vertrag auf den Bereich privatrechtsförmer nichthoheitlicher Verwaltung zu beschränken sei³⁾, zu begründen. Diese Forderung führt praktisch zur ursprünglichen, von der Verwaltungswirklichkeit längst überholten Rechtslehre zurück, jede öffentlichrechtliche Handlung der öffentlichen Hand als Verwaltungsakt zu bezeichnen und den Vertrag in das Privatrecht zu verbannen. Bullinger bekennt sich denn auch konsequent für die nach ihm im Grenzgebiet zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung liegende Vorsorge- und Förderungsverwaltung zur Zweistufentheorie, soweit sie anwendbar sei, weil so "unbefriedigende Misch-

1) Vgl. Imboden, S. 121, 61 f.; ähnlich auch Bullinger, S. 29.

2) Bullinger, S. 18 f.

3) ebd. S. 90 ff., 250, 254 ff.

formen wie z.B. ein privatrechtlicher Vertrag mit Grundrechtsbindung oder ein öffentlichrechtlicher Vertrag, bei dem Elemente des öffentlichen und des privaten Rechts eine unklare Verbindung" eingingen, entbehrlich würden¹⁾.

Abgesehen von den dogmatischen Bedenken gegen die noch zu behandelnde Zweistufentheorie überzeugen jedoch auch seine Argumente nicht, die im wesentlichen dahin gehen, daß der Vertrag vom Gedanken der Tauschgerechtigkeit, des "do ut des" lebe, die Gefahr einer Kommerzialisierung der öffentlichen Verwaltung in sich berge, sich nicht - wie im Rechtsstaat erforderlich - am Gesetz legitimiere und daher nur dort seinen Platz habe, wo handelbare Dinge oder Leistungen ausgetauscht würden²⁾. Der Vertrag, der für ihn gleichbedeutend mit Vertragsfreiheit ist³⁾, biete darüber hinaus nicht die gleichen rechtsstaatlichen Garantien wie der Verwaltungsakt⁴⁾.

Die gemeindliche Vorsorge- und Förderungsverwaltung ist weitgehend zu rein einseitigem Handeln gar nicht in der Lage, vielmehr auf die Mitwirkung der Bürger angewiesen⁵⁾. Bei den

1) Bullinger, S. 100 ff.

2) ders. S. 17 f., 250, 254/5.

3) ders. S. 19, 108, 110, 256. Demgegenüber hebt Rübner, S. 333, nachdrücklich hervor, daß (öffentlichrechtlicher) Vertrag der Verwaltung und Vertragsfreiheit nach Art der Privatautonomie nichts miteinander zu tun haben. - Jener verliert auch ohne diese nicht seinen Sinn. (Vgl. auch unten S. 98 mit Fußn. 2, S. 100 mit Fußn. 1.

4) ders. S. 245 f., 249 f.; vgl. demgegenüber die Ausführungen unten S. 98 mit Fußn. 4.

5) Das hebt Möller wiederholt mit Nachdruck hervor; vgl. Subventionsverwaltung, S. 33 f., 142, 154, 155 mit Fußn. 255; ders., Wirtschaftsförderung, S. 42, 89, 129 mit Fußn. 183, S. 168, 171. Insoweit bleibt der Verwaltung tatsächlich gar nichts anderes übrig, als - um mit Bullinger, S. 17, zu sprechen - von ihrem Podest herabzusteigen und sich auf den Boden der Gleichordnung mit dem Bürger zu stellen. Über das "Sichvertragen" ist damit in der Tat noch nichts ge-
(Fortsetzung s.S. 60)

gemeindlichen Subventionsverhältnissen verfolgen beide weitgehend gleiche Interessen des Gemeinwohls, sind also keine Gegner, sondern Partner¹⁾. Sie legen die Bedingungen der Subventionierungen in Verhandlungen fest, die oftmals auch die öffentliche Hand zu Kompromissen zwingen²⁾. Es hieße die Augen vor den Forderungen moderner Verwaltungstätigkeit verschließen, wenn man der kommunalen Verwaltung die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte nur in sog. Marktsituationen³⁾ gestatten wollte. In der gemeindlichen Förde-

sagt. (S. auch unten S. 99 mit Fußn. 1). Nur darf das praktische Bedürfnis nach dem Vertrag nicht einfach in den Zusammenhang mit Ungesetzlichkeit gebracht werden, wie Bullinger, S. 19, dies tut. Zu den Begründungen für eine (verwaltungs-)vertragliche Strukturierung der Rechtsverhältnisse vgl. Schaumann, S. 113; Bullinger, S. 32; Möller, ebd., S. 155, Fußn. 255; dens., ebd., S. 129 Fußn. 183; Zacher, S. 345/6; Rüfner, S. 333; auch Forsthoff, Rechtsfragen, S. 17 f.

- 1) Vgl. Möller, Ebd., S. 33 f., 64, 112, 142, bes. 154 f.; ders., ebd., S. 42, 89, 129, 132, 156, 158, 168/9, 171; auch Schaumann, S. 114 Fußn. 44. Zur primär kooperativen, erst sekundär synallagmatischen Interessenstruktur der Subvention s. Zacher, S. 319, mit Nachweisen. Krüger, DVBl 1955, S. 381 f.; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 17 f.; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 168 ff.; Kötting, Spielraum, S. 30; Bullinger, VVDStrL 25, S. 439, betonen zutreffend die weitgehende interessenmäßige Verflechtung von Staat und Gesellschaft, die eine Zusammenarbeit erfordere. - Auch die Wirtschaft fühle sich zumindest in ihren besseren Teilen mehr und mehr als gemeinwohlverpflichtetes Instrument mit öffentlicher Verantwortung. Die schicksalhafte Verbundenheit von örtlicher Wirtschaft und Gemeinden werde weitgehend erkannt und stelle ein zu förderndes Unternehmen nicht anders als etwa eine örtliche karitative Organisation (so Möller, ebd.). - Daher ist der Verwaltungsakt, auch wenn man ihn nicht als "obrigkeitlichen Machtspruch" versteht, entgegen Bullinger, S. 250, für die kommunale Subventionsverwaltung als "typisches Institut der Eingriffsverwaltung" nicht geeignet. Vgl. Krüger, ebd..
- 2) So Möller, Subventionsverwaltung, bes. S. 142, 155 Fußn. 255.
- 3) Ausdruck und Gedanke bei Bullinger, S. 254. Dementgegen heben z.B. Krüger, DVBl 1955, S. 382; Dombrowski, S. 80; und Rüfner, S. 330, das berechtigte Austauschinteresse der modernen leistenden Verwaltung hervor, die wirtschaftlich denken müsse.

ungsverwaltung jedenfalls ist es durchaus legitim, ja rechtlich geboten¹⁾, dafür zu sorgen, daß mit den aufgewandten Mitteln auch ein Gewinn für das allgemeine Wohl erzielt wird. Inwieweit ähnliches auch für die gemeindliche Eingriffsverwaltung gilt, kann hier dahingestellt bleiben²⁾. Angemerkt soll hierzu lediglich werden, daß der Mißbrauch von Hoheitsbefugnissen auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Verwaltungsakt als einzige Handlungsform des öffentlichen Rechts angesehen wird³⁾. Auch mit dem Mittel der hoheitlichen Auflage oder Bedingung können gesetzwidrige Leistungen erzwungen werden.

Diese Überlegungen machen deutlich, daß entgegen Bullinger der Vertrag nicht einfach ausschließlich der nichthoheitlichen privatrechtsförmigen Verwaltung zugeordnet werden kann.

-
- 1) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 51, 56; auch Krüger, DVBl 1955, S. 381 f.; Ipsen, Subventionierung, S. 57.
 - 2) Die wohl herrschende Lehre und die obergerichtliche Rechtsprechung halten das Austauschdenken im Bereich der hoheitlichen Verwaltung nicht für grundsätzlich unzulässig. Zur Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung vgl. Pieper, S. 12 ff.; BGH, Urt.v. 14.7.1966, DVBl 1967, S. 36 ff. (37); BVerwG, Urt.v. 4.2.1966, DVBl 1967, S. 43 ff. (44); jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der älteren Literatur und Rechtsprechung; ferner EVwVerfG, §§ 40 - 42, S. 186 ff.. - Auch in praxi wird häufig nach der Maxime des "do ut des" verfahren, so etwa im Baurecht.
 - 3) Vgl. Rübner, S. 334/5, unter Hinweis auf die praktischen Beispiele bei Willigmann, S. 229 ff.. - Andererseits hat sich mit dem BGH, Urt.v. 27.3.1961, DÖV 1961, S. 619 ff. (aufgeführt bei Bullinger, S. 17) auch der Vertrag inhaltlich am Gesetz zu legitimieren, nicht nur "in sich selbst", wie Bullinger, ebd., mißverständlich schreibt. Die Einigung kann sich demgemäß wirksam nur auf gesetzmäßige Vereinbarungen beziehen. In der gesetzesfreien Kommunalverwaltung wäre ein Verwaltungsakt nicht weniger "gefährlich" als ein Vertrag. In beiden Fällen würde sich der Bürger in gleicher Weise "freiwillig" mit ihrem Inhalt einverstanden erklären. S. auch unten S. 98 mit Fußn. 3 und 4.

Das heißt: Die verfügbungsmäßige oder vertragliche Rechtsnatur der gemeindlichen Subventionsverhältnisse ist grundsätzlich formaljuristisch zu ermitteln¹⁾.

a) Das übliche Kriterium der Gleichordnung der Parteien

Literatur und Rechtsprechung²⁾ bestimmen allgemein die Rechtsnatur auch der Subventionsverhältnisse nach dem üblichen Kriterium der Gleichordnung der Parteien. Sie stellen darauf ab, ob die Erklärung der Verwaltung das Übergewicht besitzt (Verwaltungsakt) oder der Erklärung des einzelnen lediglich gleichwertig ist (Vertrag). Von diesem Unterscheidungsmerkmal her gelangt Möller³⁾ zu einer vertraglichen Deutung der gemeindlichen Subventionsverhältnisse, da sie unter mitbestimmendem Einfluß der Bewerber nach eingehenden Erörterungen und Verhandlungen zustande kämen. Auch Janknecht⁴⁾ verlangt von einer vertraglichen Regelung, daß Begründungsakt und Inhalt in gleicher Weise von der Willenserklärung der öffentlichen Hand und der Zivilperson abhängig seien. Beide Partner müßten das Rechtsverhältnis konstitutiv gestalten können, was nicht schon dann der Fall sei, wenn der Subventionsbewerber lediglich Anregungen und Wünsche vorbringen dürfe. Denn auch dem Erlaß von Verwaltungsakten gingen Vorbesprechungen und Fühlungnahmen voraus. Andererseits sei es ohne Bedeutung, ob er von seiner Möglichkeit der Mitgestaltung auch tatsächlich Gebrauch mache oder sich den Bedingungen der Behörde voll-

-
- 1) Dazu, daß der Verwaltungsakt aber weiterhin das typische Mittel des öffentlichen Rechts, der Vertrag das des Privatrechts ist, vgl. Bullinger, S. 29; Reinhardt, S. 250; Zuleeg, Rechtsform, S. 4 mit Fußn. 23, S. 39/40; Pieper, S. 11.
 - 2) S. OVG Saarl., Urt.v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708 ff. (709 f.); BVerwG, Urt. v. 23.7.1958, NJW 1958, S. 2128 ff. (2129); Urt.v. 19.12.1958, NJW 1959, S. 1098 f. (1098).
 - 3) Subventionsverwaltung, S. 29, 32, 42, 51, 62, 137, 139 f., 142, 145, 148 ff., 155; ders., Wirtschaftsförderung, S. 89, 129 f., 172, 175, 179 f.
 - 4) S. 66, 71 f., 96 f., 100, 103 f.; so auch Henze, S. 99; H.J. Wolff III, § 154 VI. b), S. 222.

ständig unterwerfe. Daß Zuleeg¹⁾ ebenfalls einen mitbestimmenden Einfluß des einzelnen auf die Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses verlangt, wurde bereits angedeutet. Schließlich sieht Ipsen²⁾ die Bewilligung eines Subventionszuschusses dann als eine vertragliche Übereinkunft an, wenn dem Antragsteller ein "Mindestmaß gleichrangiger Mitwirkung" eingeräumt werde.

Die Voraussetzung, von der Rechtslehre und Rechtsprechung ausgehen, daß der Vertrag zwischen einander gleichgeordnet gegenüberstehenden Partnern abgeschlossen werde, ist sicherlich richtig. Dabei ist die Gleichordnung für den verwaltungsrechtlichen Vertrag naturgemäß nur bei Vertragsschluß zu verlangen. Daß die öffentliche Hand dem einzelnen ansonsten bezüglich des Vertragsgegenstandes übergeordnet ist, ist unbeachtlich, wenn sie von dieser Überordnung keinen Gebrauch macht³⁾. Dennoch verwundert es nicht, daß mit diesem Kriterium sichere Feststellungen im Einzelfall nicht getroffen werden können. Im Sozial- und Kulturbereich bewerben sich fast ausschließlich juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts um Subventionen für Aufgaben, deren Erfüllung im kommunalen Interesse liegt⁴⁾. Auf wirtschaftlichem Gebiet ergreift meist sogar die Gemeinde die Initiative und bemüht sich um die Ansiedlung oder Verhinderung der Standortverlegung bedeutenderer gewerblicher Unternehmen⁵⁾. Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, von einer rechtlich, nicht sel-

1) Rechtsform, S. 55, 60 f.

2) Subventionierung, S. 70 f.

3) Vgl. Salzwedel, S. 40 f., 82 ff.; Stern, AöR 84 (1959), S. 277 f.; ders., VerwArch 49 (1958), S. 106 ff.. Nur Giacometti, S. 442 ff., vertritt heute noch die Auffassung, daß wegen der grundsätzlichen Ungleichheit von Staat und einzelner kein Vertragsschluß zwischen ihnen möglich

4) Möller, Subventionsverwaltung, S. 41, 43, 125 ff., sei.
134; ders., Wirtschaftsförderung, S. 168.

5) Ebd., Subventionsverwaltung, S. 40.

ten sogar faktisch gleichwertigen Stellung dieser Subventionsempfänger auszugehen und die Vermutung für übergeordnetes Handeln der Hoheitsverwaltung als widerlegt zu betrachten¹⁾. Indes ist es nicht stichhaltig, von solcher interessmäßigen Abhängigkeit bzw. de facto gleichwertigen Stellung generell auf eine vertragliche Übereinkunft zu schließen. Die Verwaltung kann, selbst wenn sie den Anstoß dazu gab, auch in Gestalt eines begünstigenden Verwaltungsakts subventionieren. Sie ist nicht grundsätzlich gezwungen, sich zu diesem Zweck auf die Ebene der Gleichordnung zu begeben. Vor allem aber ist nie mit Sicherheit zu sagen, wann die Subventionsbewerber ihr gleichgeordnet gegenüberreten. Daß der Partnerschaftsgedanke in Beziehung zur "gesellschaftlichen Qualifikation" der Bewerber und zum öffentlichen Interesse der Gemeinde an deren Aufgabenerfüllung steht²⁾, ist eine gewiß zutreffende Erkenntnis. Nur vermag sie die entscheidende Frage nach der Gleich- bzw. Ungleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen nie allgemeingültig zu beantworten.

Auch die Tatsache, daß der Subventionierung Verhandlungen vorausgehen, ist kein brauchbares Indikationsmittel der Gleichordnung. Es ist geradezu die Pflicht einer sorgsamsten Verwaltung, Höhe, Zweck und Bedingungen der Subvention mit dem Bewerber eingehend zu erörtern³⁾. Verhandeln heißt daher nicht Aushandeln. Jedenfalls ist niemals eindeutig zu sagen, ob und inwieweit die Willensäußerung des einzelnen auf die Entschließung der Gemeinde Einfluß hatte. Mit Recht lehnt Bullinger⁴⁾ denn auch die Faktizität des Vorgangs und seine

1) Vgl. zu dieser Vermutung Salzwedel, S. 44; Beinhardt, S. 247, 250; Pieper, S. 11.

2) So Möller, Subventionsverwaltung, S. 33, 56, 125, 145 ff.

3) Vgl. ebd., S. 142.

4) S. 34 f.. Auch Rüter, S. 336, weist darauf hin, daß nie allgemeingültig festzulegen ist, wann Gleichwertigkeit der Willenserklärungen anzunehmen ist.

soziologische Struktur ("Befehl" oder "Verhandeln") als Abgrenzungskriterien von Verwaltungsakt und Vertrag ab. Rechtliche Begriffe sind eben nicht an Hand rechtssoziologischer Gegebenheiten zu bestimmen.

- b) Die Ausrichtung auf den subjektiven Parteiwillen als charakteristisches Merkmal des Vertrages

Es gilt daher, ein anderes Unterscheidungsmerkmal von Verwaltungsakt und Vertrag zu finden, das den Vorzug begrifflicher Eindeutigkeit und Klarheit hat. Als solches bietet sich die Erkenntnis von der rechtsgeschäftlichen Natur des Vertrages an. Es ist das Verdienst Imbodens¹⁾, auf diesen fundamentalen Gegensatz zur Verfügung hingewiesen zu haben, die ihrem Wesen nach nichtrechtsgeschäftlichen Charakter trägt. Der Vertrag entspringt dem Willen der Parteien. Er wird nicht eingegangen, weil eine gesetzliche Vorschrift seinen Abschluß fordert, sondern weil die Beteiligten ihn gemeinsam gewünscht haben. Dagegen vollzieht die Verfügung allein den Willen des Gesetzgebers; der Wille der Parteien ist demgegenüber unmaßgeblich. "Die Ausrichtung auf den subjektiven Parteiwillen ist das charakteristische Merkmal, das den Vertrag von der Verfügung unterscheidet".

Hält man sich dies vor Augen, so wurde mit dem Kriterium der Gleichordnung der Parteien in der Tat nur eine definitorische Wahrheit ausgesprochen. Der beiderseitige Wille muß von gleichem Wert sein, will er für den Kontrakt konstitutiv genannt werden²⁾. Weiterhin folgt daraus, daß im eigentlichen Sinne nur der Vertrag ein Rechtsverhältnis, d.h. eine rechtliche Beziehung zwischen Personen, erzeugt, während die Verfügung in Wirklichkeit lediglich gesetzliche Rechte und Pflichten

1) S. 38 f.. Seiner Abgrenzung stimmen Bullinger, S. 36 Fußn. 70 und Rübner, S. 337, zu. Vgl. jetzt auch Bullinger, Recht, S. 82 mit Fußn. 301.

2) Vgl. Imboden, S. 41 f..

des Bürgers konkretisiert¹⁾.

Verfügungscharakter trägt nach diesen Ausführungen daher jeder Hoheitsakt, der allein auf Rechtsnormen, nicht auch auf der Verpflichtungserklärung des Bürgers beruht. Wo eine detaillierte gesetzliche Regelung besteht, bleibt in aller Regel nur für den Gesetzesvollzug, nicht für eine Willensübereinkunft der Parteien Raum²⁾. Ob die Erklärung der Behörde dem Willen des einzelnen entspricht, ist für ihre rechtliche Geltungskraft unmaßgeblich. Das gilt auch, wenn sie auf Grund gesetzlichen Ermessens ergeht, das der Verwaltung lediglich eine größere Entscheidungsfreiheit läßt, im übrigen aber nichts an ihrer Gesetzesakzessorietät ändert³⁾. In einem durchnormierten Sachgebiet kann daher eine vertragliche Übereinkunft der Beteiligten nur erfolgen, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht. Allerdings ist darauf zu achten, ob die Willensäußerung der Verwaltung der Vorstellung und Bezeichnung des Gesetzgebers entsprechend auch rechtsgeschäftlicher Natur ist, mithin auf der Willkür der Parteien beruht.

Andererseits ist grundsätzlich vom vertraglichen Charakter einer behördlichen Erklärung auszugehen, die in einem nicht rechtssatzmäßig geregelten Sachbereich ergeht. Hier kann der Hoheitsträger mangels gesetzlicher Grundlage nicht einseitig vorgehen, muß sich vielmehr der Zustimmung des Bürgers versichern⁴⁾.

1) S. Imboden, S. 39.

2) Dieses betonen speziell für das Subventionsrecht, OVG Saarl., Urt.v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708 ff. (709); Stern, JZ 1960, S. 561; Ipsen, Subventionierung, S. 68; Janknecht, S. 96, 99 f., 103; H.J. Wolff III, § 154 VI. c), S. 222; dem Sinne nach auch Möller, Subventionsverwaltung, S. 148.

3) Es besteht in jedem Fall ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, das u.U. nur eine bestimmte Entscheidung der Verwaltung offenläßt (sog. Ermessensreduzierung auf Null); vgl. dazu z.B. H.J. Wolff I, § 31 II. e) 2., S. 191.

4) Vgl. Rübner, S. 336 f.: anders nur bei bloßen Vergünstigungen.

c) Die grundsätzlich gesetzesfreie kommunale Subventionsverwaltung

Aus diesen Darlegungen wird deutlich, daß sich mit der Unterscheidung zwischen der gesetzesabhängigen Verfügung und dem willensgemäßen Rechtsgeschäft die Rechtsnatur der gemeindlichen Subventionsverhältnisse in aller Regel einwandfrei ermitteln läßt. Es stellt sich jetzt nicht mehr die Frage, ob der einzelne das Rechtsverhältnis konstitutiv mitgestalten kann, sondern ob er es mangels gesetzlicher Regelung mitgestalten muß, wenn es wirksam werden soll; eine Frage, die stets eindeutig zu beantworten ist.

Es ist ein Charakteristikum der kommunalen Subventionierungstätigkeit, daß sie grundsätzlich ohne spezialgesetzliche Grundlage auf Grund freien Ermessens durchgeführt wird. Das gilt vor allem für die gemeindlichen Wirtschaftssubventionen, die wegen der Individualität der Sachverhalte naturgemäß kaum einer normativen Regelung zu unterworfen sind¹⁾. Daß sie demnach nur auf vertraglicher Basis vergeben werden können, entspricht auch den Vorstellungen und Interessen der Beteiligten²⁾. Rechtsgeschäftlicher Natur sind aber in aller Regel auch die gemeindlichen Subventionierungen im Sozial- und Kulturbereich. Daß ihre Bedingungen und Verfahrensgrundsätze häufig eine Schematisierung und normativähnliche Gestaltung erfahren haben, ändert nach den obigen Ausführungen hieran nichts, da diese wegen der Verschiedenheit der Tatbe-

1) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 61 ff., bes. S. 42; vgl. auch oben S. 41 mit Fußn. 5.

2) Vgl. ebd., S. 142; ders., Wirtschaftsförderung, S. 168, bes. S. 170, wo er ausführt, daß gemeindliche hoheitliche Regelungen besonders in Kreisen der Wirtschaft unbeliebt seien. Vgl. auch unten S. 77 mit Fußn. 2.

stände zumeist einen Verhandlungsspielraum lassen müssen¹⁾. Doch muß er auch wirklich zu einer vertraglichen Übereinkunft genutzt werden, was nicht schon dann der Fall ist, wenn der einzelne sich dem Willen der Verwaltung lediglich unterwirft. Bleibt ausnahmsweise für Verhandlungen kein Raum, wird das Subventionsverhältnis - da ausschließlich rechtssatzbezogen - notwendig durch Verwaltungsakt begründet.

3. Die Rechtsnatur der kommunalen Subventionsverträge nach den herkömmlichen Abgrenzungstheorien

Haben wir die gemeindlichen Subventionsverhältnisse als grundsätzlich vertraglicher Natur erkannt, stellt sich die weitere Frage, ob sie dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Zu ihrer Beantwortung hat man im Laufe der Zeit eine Anzahl von Theorien entwickelt²⁾, von denen heute nur noch die Interessen-, die Subjektions- oder Subordinations- und die Subjekts- oder Zuordnungstheorie maßgeblich sind. Es kann nicht Sinn dieser Arbeit sein, sich mit allen Argumenten auseinanderzusetzen, die im allgemeinen von den Befürwortern und Gegnern einer jeden Theorie vorgebracht werden³⁾. Die Untersuchung hat sich vielmehr mit ihren Ausführungen nur inso-

1) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 41/2, und wiederum oben S.41 mit Fußn. 5. - Auch Zacher, S. 346, mit Nachweisen, hält den Vertrag, von dem er grundsätzlich ausgeht, jedenfalls in atypischen Subventionsfällen für unentbehrlich, da er ein Maximum an Übereinstimmung und konkreter Richtigkeit gewährleiste.

2) Zu diesen z.T. überholten Theorien, auf die einzugehen nicht Sinn dieser Arbeit sein kann, vgl. die Ausführungen von Zuleeg, Rechtsform, S. 26 ff.; ferner die Hinweise bei Schulze, S. 54 Fußn. 6 u. 7; und von Simons, S. 22 mit Fußn. 11 ff..

3) Aus der schier uferlosen Literatur seien lediglich Zuleeg, ebd., S. 29 ff.; von Simons, S. 23 ff, wegen der besonderen Ausführlichkeit ihrer Darlegungen genannt.

weit zu befassen, als sie sich auf die Handlungsformen der nichteingreifenden Verwaltung beziehen.

Nach der von Nawiasky¹⁾ leicht abgewandelten Interessentheorie gehört ein Rechtsverhältnis dann dem öffentlichen Recht an, wenn ein auf es zur Anwendung kommender Rechtssatz den Verwaltungsträger verpflichtet, die Interessen der Gesamtheit den beteiligten Einzelinteressen vorzuziehen, dem Zivilrecht, wenn er die Interessen des einzelnen Privaten höher bewertet. Ein derartiger indizierender Rechtssatz läßt sich im Bereich der grundsätzlich gesetzesfreien gemeindlichen Subventionsverwaltung jedoch in aller Regel nicht finden. Darüber hinaus kann die kommunale Förderungstätigkeit durch Subventionen ihrem Wesen nach nur Zwecke des allgemeinen Wohls verfolgen, gleichgültig, ob Nebenzweck der einzelnen Subventionierung auch die persönliche Begünstigung des Empfängers ist oder nicht²⁾. Sie müßte sich daher stets in öffentlichrechtlicher Gestalt vollziehen, was der allgemeinen Auffassung widerspräche, daß die Verwaltung nicht gehindert sei, in privatrechtlichen Formen unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke zu verfolgen³⁾. Die Berührung öffentlicher

-
- 1) S. 294 ff., 298. - Die auf die bekannte Stelle bei Ulpian, Dig. I 1.1 § 2, zurückgehende Theorie erwies sich in ihrer ursprünglichen weiten Fassung, nach der öffentliches Recht vorliegen sollte, wenn Rechtsverhältnisse überwiegend den Interessen der Allgemeinheit dienen, Privatrecht, wenn sie vornehmlich die Interessen der einzelnen berühren, jedenfalls nicht als haltbar. Eine Übersicht über ihre Anhänger findet sich bei Zuleeg, Rechtsform, S. 29; von Simons, S. 23 Fußn. 17.
 - 2) Zu diesem öffentlichen Endzweck jeder Subventionierung s. oben S. 51 Fußn. 2, S. 52, Fn. 1. Dazu, daß er dem privaten Interesse an der Förderung wesensnotwendig übergeordnet ist, vgl. auch Haak, S. 44.
 - 3) Vgl. nochmals Haak, ebd.; auch Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 219.

Interessen läßt eben keinen Rückschluß auf den Charakter eines Rechtsverhältnisses zu.

Die wohl noch immer herrschende Subjektionstheorie¹⁾ sucht das Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Stellung der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten. Je nachdem, ob sie sich im Verhältnis der Subordination oder auf der Ebene der Koordination begegnen, soll ihre Rechtsbeziehung dem öffentlichen oder dem Privatrecht zugehören. Die Subjektionstheorie ist entscheidend von der Struktur der Eingriffsverwaltung her bestimmt²⁾. Eine ausschließliche rechtliche Deutung der Verhältnisse von Staat und Bürger durch die Relation: Über-Unterordnung ist aber mit der heutigen Rechts- und Verwaltungswirklichkeit nicht mehr zu vereinbaren³⁾. Die Theorie gerät in unlösbare Schwierigkeiten vor allem bei der Einordnung der verwaltungsrechtlichen Verträge, da der Vertrag begrifflich die rechtliche Gleichordnung der Parteien voraussetzt⁴⁾. Immer wenn die Verwaltung Aufträge erteilt, Leistungen erbringt, allgemein, wenn sie Verträge mit dem Bürger schließt, muß die Subjektionstheorie zwangsläufig versagen⁵⁾.

-
- 1) Vgl. die oben S. 48 Fußn. 1 erwähnten Autoren. Ferner seien Soergel-Siebert, Einl. Rdnr. 53, Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 3, aus der Rechtsprechung RGZ 166, S. 218 ff. (226), Urt.v. 10.3.1941 (std.Rspr.), BGHZ 14, S. 222 ff. (227), Urt.v. 10.7.1954, BGH, Urt.v. 5.7.1957, NJW 1957, S. 1597 f. (1597) = DÖV 1958, S. 861 ff. (862) genannt.
 - 2) Vgl. Bullinger, S. 20; Haak, S. 46; Stern, Jus 1965, S. 141; von Simons, S. 25 Fußn. 29, unter Hinweis auf Bachof, VVDStRL
 - 3) S. auch Haak, S. 12, 47; Möller, Wirtschaftsför- 12, S. 65. derung, S. 178; von Simons, S. 26; BVerwG, Urt.v. 23.7.1958, NJW 1958, S. 2128 ff. (2129). Zu den Gründen vgl. die oben S. 53 Fußn. 1 a.E. aufgeführten Autoren und von Simons, ebd.
 - 4) Darauf weisen u.a. Bullinger, S. 37, Salzwedel, S. 82, Zuleeg, Rechtsform, S. 35, von Simons, S. 27, schließlich Möller, Subventionsverwaltung, S. 140, hin.
 - 5) Vgl. Siebert, DÖV 1959, S. 733; Haak, S. 47; Schulze, S. 56; auch Leisner, S. 203. Sie müßte mit Bullinger, S. 20, eigentlich dazu führen, alle Verträge von Staat und Bürger dem Privatrecht zuzuordnen.

Die von H.J. Wolff¹⁾ entwickelte Subjektstheorie versteht das öffentliche Recht als Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist. Dieser ist also insoweit Subjekt des Privatrechts, als er sich derselben Rechtssätze bedient, die für alle Rechtspersonen gelten oder Tatbestände verwirklicht, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können. Auch diese Formel paßt wie die Interessentheorie aber nur, wenn die vertragliche Übereinkunft von Verwaltung und Bürger überhaupt auf einen Rechtssatz gestützt ist, mithin nicht für die gemeindliche Subventionsverwaltung²⁾.

Da es darüber hinaus auch private Darlehen zur Stützung von Wirtschaftsbetrieben gibt, müßten nach H.J. Wolff alle auf Erlassen beruhenden kommunalen Subventionsverhältnisse privatrechtlichen Charakter haben³⁾.

Aus diesen Überlegungen wird deutlich, daß keine der Theorien die Rechtsnatur der gemeindlichen Subventionierungen zu be-

-
- 1) AöR 76 (1950/1), S. 205 ff.; ders., I, § 22 II. c), S. 99 ff.; vgl. auch Menger, VerwArch 50 (1959), S. 198 f.; Haak, S. 48 ff. und die dortigen Nachweise; ferner Janknecht, S. 76 ff.; von Simons, S. 29 ff.; Schulze, S. 58 ff.
 - 2) Vgl. Bullinger, S. 38/9, unter Hinweis auf Rupp, JuS 1961, S. 60 (so schon oben S. 48 Fußn. 3). Unrichtigerweise sehen Haak, S. 55 ff., 98 und Janknecht, S. 97, mangels Zuordnungsnormen in weiten Bereichen der Nichteingriffsverwaltung auch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG bzw. Verwaltungsverordnungen, Erlasse, allgemeine Richtlinien, ja die Rechtssätze des Haushaltsplans als solche an. Janknecht, S. 98, sieht sich allerdings gezwungen einzuräumen, daß die Verwaltung durch keinen Rechtssatz gehindert werde, verwaltungsprivatrechtlich tätig zu werden.
 - 3) So Möller, Subventionsverwaltung, S. 141; ders., Wirtschaftsförderung, S. 178. Zu diesem Ergebnis müßten auch Siebert, DÖV 1959, S. 735 und Huber, S. 58 (dieser tut es in der Tat), gelangen, wenn sie für die Zuordnung eines (Wirtschaftsverwaltungs-)Vertrages zum öffentlichen Recht darauf abstellen, ob er eine spezifische Verwaltungsaufgabe regelt bzw. auf einem Gebiet geschlossen wird, das privater Wahrnehmung entzückt ist.

stimmen vermag. Es verwundert daher nicht, daß einige Verfechter der Subjektionstheorie außerhalb ihrer Formel liegende Kriterien heranziehen. Imboden¹⁾ will die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nach dem Gesichtspunkt treffen, ob sich das private Recht zur Erfassung der fraglichen Vertragsverhältnisse eignet (Prinzip der Privatrechtseignung). Wenn die Anwendung des institutionell durchgebildeten Privatrechtssystems nicht zu inadaquaten Ergebnissen führe, so sei ihm der Vorzug zu geben. Weiterhin sieht man den hoheitlichen oder hoheitsbezogenen Charakter einer Vereinbarung als entscheidend für ihre Zuordnung zum Verwaltungsrecht an²⁾ oder versucht, eine "Subjektionstheorie im weiteren Sinne" zu entwickeln, indem man unter Zuhilfenahme der Subjekts- und Interessentheorie den gesamten Umständen des Rechtsverhältnisses zu entnehmen sucht, ob der Hoheitsträger dem Bürger als rechtlich Übergeordneter gegenüberzutreten oder sich auf eine rechtlich gleiche Ebene begeben wolle. Nicht die Rechtsnormen als solche seien so entscheidend, sondern ihre Verwendung durch die öffentliche Hand³⁾.

Aber auch diese Abgrenzungsversuche können nicht überzeugen. Das Kriterium der Privatrechtseignung müßte die gemeindlichen Subventionsverhältnisse, ausgenommen die Subventionszuschüsse⁴⁾, sämtlich dem Privatrecht unterstellen. Eignung des privaten Rechts bedeutet aber nicht Ungeeignetheit des öffentlichen Rechts. Auf die Ausübung von Hoheitsrechten oder die Erfüllung öffentlichrechtlicher Pflichten abzustellen, ist ein Zirkelschluß. Ob der Verwaltung hoheitliches Handeln geboten

1) S. 62 f., 125 f.. Dieses Prinzip wurde zuerst von Ipsen, Subventionierung, S. 70 f., vertreten.

2) So Salzwedel, S. 58 f.; vgl. dazu auch Zuleeg, Rechtsform, S. 36 f., mit Nachweisen.

3) So Zuleeg, ebd., S. 37 ff.

4) Vgl. dazu die Ausführungen unten S. 80 mit Fußn. 1 und 2.

ist, ist ja gerade die unbeantwortete Frage. Sie ließe sich nach diesem Kriterium auch nur durch subjektive Wertung entscheiden¹⁾. Der "Subjektionstheorie im weiteren Sinne" schließlich lassen sich alle Bedenken entgegenhalten, die schon gegen die beiden anderen Theorien eingewendet worden sind²⁾. Das Anknüpfen an die rechtliche Über- oder Unterordnung der Vertragspartner muß notwendig ohne Ergebnis bleiben, da sich soziologische Gegebenheiten niemals rechtsbegrifflich klären lassen.

Die Unzulänglichkeiten aller Abgrenzungsversuche veranlassen die Rechtsprechung³⁾ oft, zur Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht auf die Umstände des Einzelfalles, den Gegenstand bzw. die "Natur der Sache" abzustellen. Gegen diese Methode der Gerichte bestehen die Bedenken, daß sie letztlich wegen der Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte zu reiner Kasuistik führt⁴⁾. Mag sie im Einzelfall einmal von Nutzen sein, hat sie doch in allen Fällen, in denen die Natur der geregelten Materie im allgemeinen sich nicht be-

1) Bullinger, S. 38, weist denn auch zu Recht auf die allzu große Nähe zur Interessentheorie hin. Vgl. auch Janknecht, S. 63; von Simons, S. 28.

2) Janknecht, S. 62, betont, daß auch die Theorien verbunden nicht mehr zu leisten vermöchten als jede einzelne für sich. - Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn (erst) ihre Kombination in jedem Fall zu brauchbaren Ergebnissen führe. Dazu, daß dieses für die gemeindlichen Subventionsverhältnisse nicht zutrifft, s. unten S. 75.

3) Vgl. etwa BGHZ 32, S. 214 ff. (215 ff.), Urt.v. 25.4.1960; BGH, Urt.v. 27.3.1961, DÖV 1961, S. 619 ff. (620 f.); Urt.v. 21.12.1964, DVB1 1965, S. 276 ff. (277); BVerwG, Urt.v. 7.11.1957, NJW 1958, S. 394 ff. (394 f.); Urt.v. 4.2.1966, NJW 1966, S. 1936 ff. (1936); KG, Urt.v. 18.9.1956, NJW 1957, S. 1076 f.; OVG Münster, Urt.v. 10.3.1957, OVG 12, S. 177 ff. (178 ff.).

4) Vgl. Haak, S. 47; von Simons, S. 28 Fußn. 49; Schulze, S. 57 f.

stimmen läßt, mit den gleichen Schwierigkeiten zu kämpfen wie die übrigen Abgrenzungsversuche.

4. Die rechtsdogmatische Unhaltbarkeit der rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise

Betrachten wir nun die Argumente, die die Anhänger einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise der Subventionsverhältnisse vorbringen, im Licht der gewonnenen Ergebnisse, so erweisen sie sich als rechtsdogmatisch nicht haltbar. Die gemeindlichen Subventionierungen vollziehen sich in aller Regel auf vertraglicher Grundlage, da sie mangels normativer Regelung nur auf der Übereinkunft der Parteien beruhen können. Die von Zuleeg¹⁾ angeführte einseitige Festlegung der Subventionsbedingungen mag im Bereich der Bundes- und Ländersubventionen grundsätzlich erfolgen, im kommunalen Bereich dagegen ist sie auf Ausnahmefälle beschränkt²⁾. Es ist daher nicht zutreffend, ohne diese Unterscheidung die Normalform der Subventionierung generell als ein öffentlichrechtliches Leistungsverhältnis darzustellen, das durch Verwaltungsakt zustande komme³⁾; abgesehen davon, daß schon der Schluß von der öffentlichen Aufgabe auf die zu vermutenden öffentlichrechtlichen Mittel als Prämisse keineswegs zwingend ist⁴⁾. Daß der

1) S. oben S. 54 Fußn. 3 .

2) Vgl. oben S. 67 f . Möller, Subventionsverwaltung, S. 40, hebt hervor, daß die kommunale Subventionspraxis ein einheitliches Verfahren nicht kenne.

3) So aber Zuleeg, oben S. 55 mit Fußn. 1.

4) Vgl. Götz, S. 59 f.. Gegen Zuleegs generelle Zuordnung der Subventionsverhältnisse zum öffentlichen Recht wendet sich auch Zacher, S. 325. In die gleiche Richtung zielen auch die Einwände von Götz, S. 57.

hoheitsbezogene Inhalt ein objektives Kriterium des verwaltungsrechtlichen Vertrages abzugeben vermag, bezweifelt Zuleeg¹⁾ selbst. Dennoch folgt er dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts²⁾, nach dem Subventionsmaßnahmen zur Lösung des Vertriebenen- und Flüchtlingsproblems nur in hoheitlichen Formen durchgeführt werden können. Wie Subventionen zur Erfüllung solcher sozialstaatlichen Zwecke im Einzelfall von Subventionen ohne derartige Zielsetzung abgegrenzt werden sollen, und warum der Sozialstaatserklärung des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) nicht auch durch die Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsformen genügt werden kann, wird nicht gesagt.

Möller, der - wenn auch über die abgelehnte Gleichwertigkeitsthese - zutreffend zur vertraglichen Deutung der gemeindlichen Subventionsverhältnisse gelangt³⁾, versucht vergeblich, mit Hilfe mehrerer Kriterien zusammen zu erreichen, was sich mit jeweils einem einzelnen Kriterium nicht erreichen läßt⁴⁾. Die rechtliche und gesellschaftliche Qualifikation des Subventionsempfängers und die Natur der Aufgabe, die er erfüllen will⁵⁾, sind für den Rechtscharakter des Subventionsvertrages ohne Belang.

1) S. 40 Fußn. 259, S. 60.

2) Urt.v. 23.7.1958, BVerwGE 7, 180 ff. (182 f.) = NJW 1958, S. 2128 ff. (2129 f.). Bedenken gegen dieses haben auch Flessa, NJW 1959, S. 403 f.; Götz, S. 7, insbes. S. 59; Rübner, S. 352.

3) Vgl. oben S. 62 mit Fußn. 3.

4) Vgl. nochmals Janknecht, oben S. 73 Fußn. 2. Möller, Subventionsverwaltung, S. 148; ders., Wirtschaftsförderung, S. 179 f., ist sich allerdings schon selbst bewußt, daß der Verkehrsanschauung noch genügend Raum bleibe.

5) S. Möller, ebd., S. 146, 148 ff.; ders., ebd., S. 179 f.

Weshalb stets der verwaltungsrechtliche Vertrag notwendig sein soll, wenn der Verwaltung einseitiges Handeln verwehrt ist, ist ebensowenig einzusehen, wie daß er im kommunalen Bereich den praktischen Gegebenheiten besser Rechnung trage als das privatrechtliche Rechtsgeschäft.

5. Die Lösung nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten

Immerhin sind Imbodens¹⁾ Praktikabilitätserwägungen die Konsequenz aus der verbreiteten und auch hier wiederum gewonnenen Erkenntnis, daß sich mangels eines apriorischen Unterschieds eine allgemeingültige Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht nach rechtstheoretischen Kriterien niemals erzielen lassen wird²⁾. Erweist sich aber die rechtssystematische Einordnung eines Rechtsbereiches in eine dieser beiden Rechtsformen als unmöglich, so bleibt allein für eine Lösung nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten Raum³⁾. Nicht die rechtssystematisch gefundenen "Ergebnisse" sind dann durch praktische Überlegungen zu ergänzen⁴⁾, sondern diese lediglich dahin zu überprüfen, ob sie sich in den Sinnzusammenhang des Rechtssystems einfügen lassen. So ist auch das Problem der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsnatur der gemeindlichen Subventionsverhältnisse nur wertend zu lösen. "Die sinnvollere, den praktischen Gegebenheiten besser ent-

1) Vgl. oben S. 72 Fußn. 1.

2) S. oben S. 46 Fußn. 2. Auch Leisner, S. 201 f., spricht von der Unmöglichkeit, ein einheitliches Kriterium von öffentlichem und privatem Recht aufzustellen; Baur, S. 41, von den überkommenen Begriffsschablonen, die manche Erscheinungsformen staatlicher Tätigkeit nicht mehr erfassen könnten. Vgl. ferner Haak, S. 50; Gygi, Buchbesprechung, S. 790 f.. Dagegen wendet sich Zuleeg, Rechtsform, S. 36, 25, wenn auch im Ergebnis - wie dargelegt - ohne Erfolg, gegen die Unterscheidung nach bloßen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten.

3) Vgl. Klebe, S. 62; Zacher, S. 351/2, mit Nachweisen.

4) So aber Zuleeg, Rechtsform, S. 25.

sprechende Lösung verdient den Vorzug"¹⁾. Daß für sie auch der erkennbare Wille der Vertragsparteien von Bedeutung ist, wird zu Recht verschiedentlich hervorgehoben²⁾.

6. Die Folgerungen daraus für die gemeindlichen Subventionsverhältnisse

Nun können aber die Anhänger der privatrechtlichen Betrachtungsweise der (gemeindlichen) Subventionsverhältnisse³⁾ - jedenfalls im Augenblick noch - mit Recht für sich in Anspruch nehmen, die zweckmäßigeren Gestaltungsformen zu befürworten. Denn in der Tat wird die kommunale Subventionsverwaltung unter Verwendung zivilrechtlicher Mittel wie Darlehen, Bürgschaften, verbilligter Überlassung von Grundstücken tätig⁴⁾. Das Privatrecht vermag ein institutionell durchgebildetes System rechtsgeschäftlicher Handlungsformen anzubieten und übertrifft insoweit das öffentliche Recht an Elastizität und Rechtssicherheit zugleich⁵⁾. Es ermöglicht den Vertrags-

1) Vgl. Imboden, S. 62 f..

2) S. Salzwedel, S. 92; Klebe, S. 60/1; Möller, Subventionsverwaltung, S. 145 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 170, 177; Götz, S. 58.

3) Flessa, NJW 1954, S. 439 f. (damals allerdings irrtümlich noch für eine rein privatrechtliche Betrachtungsweise ohne Bindung insbesondere an die Grundrechte); ders., DVBl 1957, S. 82 f.; 120 f.; DÖV 1959, S. 106; NJW 1959, S. 403 f.; DVBl 1960, S. 137 f.; Neumann, S. 90; Leisner, S. 195; Götz, S. 41 f., bes. 57 ff.; H.J. Wolff III, § 154 IV. c), S. 220, unter Hinweis auf VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff.; Möller, Subventionsverwaltung; und Köttgen, Spielraum; im übrigen differenzierend; vgl. bes. S. 222 f.; differenzierend auch Zacher, S. 325, 351 ff.. Selbst Zuleeg, Rechtsform, S. 61 und Janknecht, S. 98, schließen eine privatrechtliche Betrachtungsweise nicht aus. S. schließlich die Anhänger der sog. Zweistufentheorie unten S. 96 Fußn. 1 ff.

4) Sie nimmt Rechtshandlungen vor, die in der Tat jeder Bürger auch vornehmen könnte; vgl. Bullinger, S. 30, auch S. 230; Götz, S. 56, 58 f.; H.J. Wolff III, § 137 III. 2. w), S. 131; jüngstens bes. Bullinger, Recht, S. 68, 78.

5) Vgl. Flessa, DVBl 1957, S. 81; 121; Haas, S. 306; Schau- (Fortsetzung s.S. 78)

parteien am besten, einen vernünftigen Interessenausgleich auszuhandeln¹⁾. Demgegenüber hat der verwaltungsrechtliche Vertrag keine ausgeformten Regelungstypen aufzuweisen; er ist bislang vorwiegend als allgemeine Kategorie entwickelt worden²⁾. Ihm die gemeindlichen Subventionsverhältnisse zu unterstellen, hieße daher notwendigerweise, die privatrechtlichen Institute in analoger Weise auf das öffentliche Recht zur Anwendung zu bringen³⁾.

Das Fehlen eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vertrags-

-
- 1) Vgl. Krüger, DVBl 1955, S. 383; Bullinger, DÖV 1960, S. 748; Haas, ebd.; Mertens, ebd., S. 395; und Schaumann, S. 113; neuestens Bullinger, Recht, S. 67 f.
 - 2) S. Klebe, S. 61; Leisner, S. 202; Haas, ebd.; Schaumann, S. 111; Haak, S. 33; vgl. auch Köttgen, DVBl 1953, S. 490; Henze, S. 98; Rupp, JuS 1961, S. 61; Rüfner, Einleitung S. 14, S. 343; Ipsen, VVDStrL 25, S. 265 f.. Bes. Zacher, S. 325, mit umfangreichen Nachweisen, hebt nachdrücklich hervor, daß die Unterstellung, die "Einordnung (ins öffentliche oder ins private Recht) aktiviere jeweils vorrätige Regelungstypen, der Kategorie des öffentlichrechtlichen Vertrages gegenüber ebenso absurd wie häufig" sei.
 - 3) Vgl. Henze, S. 82; Schaumann, S. 111, Fußn. 12; bes. Mertens, JuS 1963, S. 396; Rüfner, S. 343, 370; ders., VVDStrL 25, S. 437 f.. Dagegen wendet sich Zacher, S. 332, 335, 336, 311, auch 440 f., nach dem es nicht darum gehen kann, einfach Typen des Privatrechts auf das öffentlich-rechtliche Subventionsverhältnis zu übertragen, sondern darum geht, eigenständige Subventionstypen, wenn auch unter Zuhilfenahme privatrechtlicher Lösungen, zu entwickeln. Vgl. dazu S. 328 ff.. Werde das Subventionsverhältnis aus seinem Gegenstand und seiner Funktion heraus rechtlich erfaßt, könne auch der Gesetzgeber, der nach Zacher die wissenschaftlichen Konzeptionen positivieren soll, kaum alle Rechtsbeziehungen einheitlich dem öffentlichen oder privaten Recht zuordnen. Vgl. S. 352 f.; auch Ermacora, S. 405. Nur erhebt sich die Frage, ob es für die fast unbegrenzte Vielzahl kommunaler Subventionsmöglichkeiten überhaupt generell einheitliche Rechtsformen geben kann. So auch Bullinger, VVDStrL 25, S. 439; Ipsen, ebd., S. 412 f., der mit den üblichen Kategorien des allgemeinen Verwaltungsrechts auszukommen glaubt.

Fortsetzung Fußn. 5 v.S.77:

mann, S. 111; Bullinger, S. 91; Imboden, S. 63; Haak, S. 37/8, 92; Mertens, JuS 1963, S. 395 f.; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 122, 132.

statuts hat selbst Ipsen¹⁾, obwohl er unter Betonung der öffentlichen Zweckhaftigkeit der Subvention ihrer öffentlich-rechtlichen Gestaltung zuneigt, mehrfach darauf hinweisen lassen, diese gegenwärtig noch als konstruktives, schwer zu erreichendes Ziel anzusehen. Daß die Frage der Zuordnung auch der Subventionsverhältnisse zum öffentlichen oder zum privaten Recht, was verschiedentlich herausgestellt wird²⁾, für den gerichtlichen Rechtsschutz des Bürgers nur von sekundärer Bedeutung ist, werden die folgenden Ausführungen erweisen. Damit soll aber nicht bestritten werden, daß unter dem Aspekt der Übereinstimmung von Inhalt und Form die öffentlichrechtliche Ausgestaltung der Subventionsverhältnisse anzustreben ist³⁾.

Ist die grundsätzliche öffentlichrechtliche normativierende Institutionalisierung noch ein von der Rechtswissenschaft zu bewältigendes Problem, das gegenwärtig die privatrechtliche Einordnung der Subventionsverhältnisse als praktikabler erscheinen läßt, so gehen (gleichwohl) die Rechtsprechung⁴⁾ und fast ausnahmslos auch die Rechtslehre⁵⁾ speziell für die Subventions-Zuschüsse seit jeher von deren Gewährung in öffentlichrechtlichen Formen aus. Das liegt nicht etwa daran, daß

1) Subventionierung, S. 67 Fußn. 103, S. 85; ders., VerwArch 50 (1959), S. 95; DVBl 1962, S. 137; VVDStrL 25, S. 299/300; so auch Zacher, S. 325 mit Fußn. 69. Dagegen fragt Menger, VerwArch 53 (1962), S. 278 Fußn. 19, ob man ein Rechtsinstitut wie den öffentlichrechtlichen Vertrag nicht am besten dadurch "inkorporiere", daß man es anwende.

2) Vgl. unten S. 98 Fußn. 1.

3) So die oben, S. 79 Fußn. 1, Genannten; ferner Haak, S. 33 Fußn. 2, S. 38; allgemein für öffentliches Recht der Verwaltung Giacometti, S. 111; Rupp, JuS 1961, S. 61; Sailer, S. 296; a.A. Bullinger, S. 113, 230 ff., 250; speziell für Subventionen Götz, S. 58.

4) Vgl. BVerwG, Urt.v. 15.12.1961, DÖV 1962, S. 388 f.; Bay VGH, Urt.v. 5.12.1960, DVBl 1961, S. 51 f.; Urt.v. 25.4.1962, BayVBl 1962, S. 247 f. (247); HessVGH, Urt.v. 21.12.1956, ESVGH 6, S. 231 ff. (233); OVG Hambg., Urt.v. 25.5.1960, DVBl 1961, S. 92 ff.; OVG Lünebg., Urt.v. 5.8.1960, DVBl 1961, S. 91 f.

5) Vgl. Henze, S. 97 ff.; Ipsen, Subventionierung, S. 68 ff.; (Fortsetzung s.S. 80)

für den verlorenen Zuschuß ein eigenständiges Gestaltungsmit-
tel zur Verfügung stände - auch hier behilft man sich mit
nicht näher beschriebenen Verwaltungsakten bzw. öffentlich-
rechtlichen Verträgen -, sondern daran, daß die zivilrechtli-
che Form der Schenkung schon ihrer ratio nach der Eigenart
der Subvention nicht adäquat ist. Denn die Subvention ist kei-
ne Schenkung, sondern eine Zuwendung zur Erreichung eines öf-
fentlichen Zweckes¹⁾. Daher verbietet es sich auch, einen aty-
pischen zivilrechtlichen Schenkungsvertrag anzunehmen²⁾.

IV. Ergebnis

Fassen wir die bisherigen Überlegungen zusammen, so stellen
wir fest, daß die gemeindliche Verwaltung sich bei "Teilnahme
am allgemeinen Wirtschafts- und Erwerbsleben" ausschließlich,
in den Bereichen der Vorsorge- und Förderungstätigkeit weit-
gehend privatrechtlicher Vertragsformen bedient. Dabei hat die
Vorsorgeverwaltung grundsätzlich die Wahl zwischen den Gestal-

Werner, S. 103; Haak, S. 32; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr.
44; H.J. Wolff III, § 154 VI. c), S. 222.

- 1) Vgl. Ipsen, Subventionierung, S. 70 f.; Henze, S. 98; Wer-
ner, S. 103; Haak, ebd., Bitter, S. 85 f., Eppe, S. 11 f.,
93, 96 ff.. Zacher wendet sich zu Recht gegen die auch bei
einzelnen dieser Autoren anzutreffende Begründung, daß der
Staat nichts zu verschenken habe. Nicht, daß der Staat
nichts zu verschenken habe, sei entscheidend oder auch nur
zutreffend, sondern daß die Subvention eben keine Schenkung
sei. Vgl. S. 336 und die umfangreichen Nachweise in Fußn.
128. Aus diesem Grunde kommt den Ausführungen Möllers, Sub-
ventionsverwaltung, S. 142 ff., ders., Wirtschaftsförderung,
S. 176 f., rechtliche Überzeugungskraft nicht zu.
- 2) Vgl. die in Fußn. 1) bereits Genannten. Dagegen halten Schau-
mann, S. 112, Janknecht, S. 18, Zuleeg, Rechtsform, S. 61,
Rüfner, S. 329, im Ergebnis auch Huber, S. 54, die unter-
schiedliche rechtliche Behandlung des verlorenen Zuschusses
und der übrigen Subventionsarten zu Recht nicht für zwingend
und drängen zum Teil auch hier zur Annahme einer, allerdings
nicht näher umschriebenen, zivilrechtlichen Vereinbarung.
Vgl. aber Zacher, S. 336/7, mit Verweisungen, auf dessen kon-
kretere Vorstellungen jedoch im einzelnen nicht eingegangen
werden kann. Vgl. aber auch nochmals Möller, ebd..

tungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, während die Förderungsverwaltung sich zweckmäßigerweise gegenwärtig noch der ausgeformten Vertragstypen des Zivilrechts bedient, soweit sie anwendbar sind.

Drittes Kapitel

Die Gesetzmäßigkeit der gemeindlichen Nichteingriffsverwaltung in privatrechtlichen Rechtsformen

I. Die Frage des Gesetzesvorbehalts

Die ständig wachsende Bedeutung der nichteingreifenden Verwaltung und die zunehmende Abhängigkeit des einzelnen von ihr haben in der deutschen Rechtslehre eine Diskussion um ihre Schranken entfacht, die auch heute noch in vollem Gange ist. Man war und ist vor allem bestrebt, der öffentlichen Hand auch dann ein Entweichen aus den Fesseln rechtsstaatlicher Bindungen zu verwehren, wenn sie sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Die Worte von der "Flucht ins Privatrecht" und der "Flucht der Verwaltung aus der Hoheitsgewalt"¹⁾ mag ihre Berechtigung rechtshistorisch betrachtet auch zweifelhaft sein²⁾, spiegeln den Ernst und die Entschlossenheit

1) Vgl. etwa Fleiner, S. 326; Heusser, S. 39; Naumann, S. 131; Scheuner, VVDStrL 11, S. 54; Bachof, DÖV 1953, S. 423; dens., VVDStrL 12, S. 61 f.; Ipsen, Subventionierung, S. 12; Reuß, S. 264, 286 f.; Leisner, S. 200, und die dortigen Nachweise zum österreichischen Recht.

2) S. etwa Flessa, DVBl 1958, S. 121; Zeidler, VVDStrL 19, S. 216, 224 f.; Bullinger, S. 69 f. mit Fußn. 316, S. 91 f., 200 f., 230; Forsthoff, Auftraggeber, S. 12 f., 19; Götz, S. 59; auch Ipsen, VVDStrL 25, S. 266. Zu den legitimen Gründen für die Wahl privater Organisationsformen (AG, GmbH usw.) durch den Staat vgl. Hettlage, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 179 ff. (285), zitiert bei Bullinger, S. 92; H.J. Wolff, ArchKommWiss, S. 171f; Rübner, S. 254 f. (der allerdings auch auf Bedenken hinweist). Zu einseitig ist dagegen das Bild, das Leisner, S. 199 f., als Verwaltungswirklichkeit ausgibt.

wider, mit denen man sich dieser Aufgabe unterzog.

Besonderes Augenmerk wandte man der Frage nach den gesetzlichen Grundlagen der nichteingreifenden Verwaltung zu. Man begann zu bezweifeln, daß es noch gerechtfertigt sei, nur Eingriffe in Freiheit und Eigentum dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterstellen, nachdem sich der Schwerpunkt der Verwaltung auf die gewährende und lenkende Tätigkeit verlagert habe¹⁾. Mit wenigen Ausnahmen²⁾ sieht man jedoch von der Forderung nach gesetzlichen Ermächtigungen für das privatrechtliche Verwaltungshandeln ab. Das erklärt sich zum einen daraus, daß sich die Subventionierungen, deren Gesetzesungebundenheit man für besonders problematisch hält³⁾, nach überwiegender Auffassung zweistufig⁴⁾ oder rein öffentlichrechtlich⁵⁾ vollziehen, zum anderen daraus, daß die Bindung des gesamten privatrechtlichen Handelns der Verwaltung von vornherein nicht erwogen wird, für eine Beschränkung auf bestimmte Agenden aber ein zuverlässiges Kriterium fehlt⁶⁾. Man versucht es damit zu

1) Vgl. z.B. Krüger, DVBl 1955, S. 451; Forsthoff, DVBl 1957, S. 725; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 41, Stern, VerwArch 49 (1958), S. 139 f.; Giacometti, S. 249 ff.; Mallmann, S. 185 f.; Imboden, Gesetz, S. 18 f., 41 f.; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 135 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 117 ff., 128 ff.. Zweifel an der überkommenen Eingriffsformel äußert auch das BVerfG, Urt.v. 6.5.1958, DVBl 1959, S. 281 ff.(282).

2) Vgl. Hamann, ebd.; Rupp, DVBl 1959, S. 84 f.; Giacometti, S. 251 f., 46 f.; Mallmann, S. 198 ff.; Spanner, S. 8 ff., 13 f.; Bellstedt, S. 162 ff.; Jesch, S. 204 f.; Menger, VerwArch 52 (1961), S. 196 ff.; vgl. auch Rübner, S. 388.

3) Vgl. etwa Stern, JZ 1960, S. 521 ff.; Bellstedt, S. 161 ff.; Imboden, Gesetz, S. 42; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 135 ff.; ferner die weiteren Nachweise bei Friauf, S.734; Götz, S.281 ff.; Zacher, S. 338 ff., 342, 355 ff., 385ff..

4) S. unten S. 96 Fußn. 1 ff.

5) Vgl. oben S. 53 Fußn. 2.

6) Vgl. Köttgen, Spielraum, S. 42, der in diesem Zusammenhang von einer "kaum zufälligen Schwäche dieser Kritik am traditionellen Gesetzesvorbehalt" spricht.

finden, daß man nur die existenznotwendigen Leistungen¹⁾ oder die gesamte Daseinsvorsorge²⁾ einer speziellen gesetzlichen Regelung unterwerfen, also die sog. privatrechtlichen Hilfsgeschäfte und die sog. rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand davon ausnehmen will, oder daß man erwägt, einen Gesetzesvorbehalt nur in all den Fällen zu fordern, in denen der Staat hoheitliche Aufgaben erfüllt, "so daß ohnehin die Bewilligung oder Verweigerung der Leistung als Verwaltungsakt angesehen" werde, "wie das gerade bei Subventionen anerkannt" sei³⁾.

Die gemeindliche Nichteingriffsverwaltung vollzieht sich grobenteils in Bereichen, die eine gesetzliche Normierung nicht erfahren haben. Es ist geradezu ein Charakteristikum kommunaler Selbstverwaltung, daß ihr ein weiter Raum frei gestaltender Tätigkeit gelassen ist. Ihre Allzuständigkeit hat die Diskussion um den Gesetzesvorbehalt auch für sie kaum ernsthaft aufkommen lassen⁴⁾. Daß die Gemeinden da mitunter versucht sind, ihre Leistungen, vor allem Subventionen, nach außerrechtlichen Gesichtspunkten zu vergeben⁵⁾, nimmt nicht

-
- 1) So Mallmann, S. 190 ff.; s. ferner die Nachweise des VGH Kassel, Urt.v. 29.11.1962, DVBl 1963, S. 443 ff. (447 f.).
 - 2) So Imboden, S. 54 f., 74 f. - Vgl. aber die dagegen von Bullinger, S. 98, erhobenen Bedenken sowie die Zweifel grundsätzlicher Art aus unseren Ausführungen unten S.118ff.; ferner Kuntzmann-Auert, S. 68.
 - 3) So Bullinger, ebd., unter Hinweis auf Franz Mayer, Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, in: Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 187 ff. (194), wenngleich mit eigenem Bedenken.
 - 4) Das betonen Bitter, S. 48; Zacher, S. 386.
 - 5) Vgl. dazu vor allem Zacher, S. 386 f., der darauf hinweist, daß wohl nirgends so oft Subventionen nach politischen Erwägungen verteilt würden wie in den Kommunen. Zu den Gefahren kommunaler "Kirchturmspolitik" vgl. auch Möller, Subventionsverwaltung, S. 99; ders., Wirtschaftsförderung, S. 56, 147 f. und die Ausführungen unten S.137. S. ferner oben S.42 f., mit den entsprechenden Nachweisen, zur gemeindlichen Praxis verdeckter Förderungen.

wunder. Fraglich ist jedoch, ob diesen Praktiken dadurch entgegengetreten werden darf und muß, daß man auch die nichthoheitliche gemeindliche Verwaltung weitgehend gesetzlicher Ausgestaltung unterwirft, oder ob eine ausreichende rechtliche Sicherung ihres privatvertraglichen Handelns nicht auch auf andere Art und Weise zu erreichen ist.

Es sind im wesentlichen zwei Gruppen von Argumenten, die für eine Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts angeführt werden: die demokratischen und die rechts- und sozialstaatlichen Argumente.

1. Das demokratische Argument

Das demokratische Argument¹⁾ besagt zu Recht, daß die grundsätzliche, gesetzesfreie Zuständigkeit des Staatsoberhauptes und der ihm unterstellten Exekutive in der deutschen konstitutionellen Monarchie in der parlamentarischen Demokratie keine Geltung mehr beanspruchen könne. Daraus die Folgerung zu ziehen, in dieser müsse jegliches Verwaltungshandeln auf einer Ermächtigung durch die Legislative als oberstes Staatsorgan beruhen, geht jedoch, wie besonders Bullinger²⁾ bemerkt, zu weit. Da die Verwaltung unter dem Einfluß der parlamentarischen Regierung stehe, sei auch sie mittelbar demokratisch legitimiert.

1) Als Hauptvertreter Jesch, S. 204 f. u. passim; s. ferner Mallmann, S. 165, 185 ff.; Spanner, S. 8; Menger, VerwArch 52 (1961), S. 197; Zeidler, Der Staat, S. 335; und die weiteren Literaturnachweise bei Bullinger, S. 93 Fußn. 481.

2) S. 93 f. - Daß die Eigenständigkeit der Verwaltung verfassungsmäßig garantiert, diese selbständig und nicht nur "Ausführungsorgan des Parlaments" ist, betonen etwa der VGH Kassel, Urt.v. 29.11.1962, DVBl 1963, S. 443 ff. (447); Peters, Festschrift für H. Huber, S. 214; Götz, S. 284 f.; H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 138; Kuntzmann-Auert, S. 68 f., mit weiteren Hinweisen.

Zutreffend ist allerdings, daß die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive eine feststellbare Gewichtsverlagerung zugunsten des Parlaments nicht ausschließen kann, wenn es auch nicht als "höchstes Staatsorgan" bezeichnet werden darf¹⁾. Das Streben nach möglichst gerechter Beteiligung aller an den Leistungen des Staates führt zwangsläufig dazu, immer mehr Bereiche gesetzlich zu regeln, ohne daß dadurch in den eigenverantwortlichen Wirkungskreis der Verwaltung verfassungswidrig eingegriffen wird²⁾. Bestehen daher zwar grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Ausdehnung der Gesetzgebungstätigkeit auf Kosten rechtssatzfrei gestaltender Verwaltung, so ist sie aber aus dem Prinzip der Gewaltentrennung und -kontrolle, um das es bei dem demokratischen Argument letztlich geht³⁾, auch nicht zwingend vorgeschrieben. Denn gerade die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung ist im Kommunalverfassungsrecht nicht streng durchgeführt⁴⁾. Die Gemeindevertretung ist zugleich Ortsgesetzgeber und Exekutive. Also beschließt schon das von den Einwohnern unmittelbar legitimierte Organ über die kommunalen Maßnahmen⁵⁾.

-
- 1) So Rübner, S. 222; auch Bullinger, S. 95; Köttgen, Spielraum, S. 43, 46. Lediglich im Prinzip darf die Gewaltenteilung nicht angetastet werden; vgl. etwa den VGH Kassel, ebd..
 - 2) Vgl. Rübner, S. 223, unter Hinweis auf Scheuner, DÖV 1960, S. 607.
 - 3) Vgl. insbesondere das Urt. des VGH Kassel v. v. 29.11.1962, DVBl 1963, S. 443 ff. (446), wo es heißt: "Der Senat vermag - im Gegensatz zu dem VG - aus dem Grundgesetz eine totale Demokratie im Sinne einer unumschränkten Herrschaftsgewalt des gewählten Parlamentes nicht herzuleiten. Mit nicht von der Hand zu weisenden Gründen hat die Klägerin ausgeführt, daß das GG die Aufteilung der einen Staatsgewalt in drei funktionelle Gebiete festlege; alle drei Teilmachten gingen vom Volke aus und nicht nur die Gesetzgebung".
 - 4) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 32; Kuntzmann-Auert, S. 58 ff., mit Nachweisen; VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (625).
 - 5) S. Köttgen, Spielraum, S. 43; Bitter, S. 48; VG Münster, ebd.. Dazu, daß Art. 28 GG die Gewaltenteilung auf ver- (Fortsetzung s.S. 87)

2. Die rechts- und sozialstaatlichen Argumente

Die rechts- und sozialstaatlichen Argumente¹⁾ lauten, auf einen Nenner gebracht, dahin, daß die staatlichen Begünstigungen i.d.R. in einem untrennbaren Konnex mit Belastungen stünden, sei es, weil mit ihnen in Auflagen oder Bedingungen selbständige Pflichten des Leistungsempfängers verbunden würden, sei es, weil ein nicht bedachter Konkurrent durch Verschiebung seiner Wettbewerbssituation benachteiligt werde. Daher seien sie Eingriffen vergleichbar, die einer gesetzlichen Grundlage bedürften.

II. Die gegen eine Gleichbehandlung von Nichteingriffs- und Eingriffsverwaltung sprechenden Gesichtspunkte, besonders solche aus der gemeindlichen Verwaltungswirklichkeit

Indes, der Gesichtspunkt beschwerender Bedingungen und Auflagen rechtfertigt die Schlußfolgerung schon als solcher nicht generell, der Gesichtspunkt der nachteiligen Verschiebung der Wettbewerbslage zwar grundsätzlich, doch wird er nicht immer rechtlich relevant. Gehen die Bedingungen und Auflagen nicht über die den staatlichen Begünstigungen notwendiger- oder typischerweise beigefügten Bestimmungen hinaus, müssen sie auch ohne rechtssatzmäßige Ermächtigung wirksam sein.²⁾

schiedene Gemeindeorgane nicht verlangt, vgl. Janssen, DÖV 1954, S. 328 ff.; BVerwGE 3, S. 127 ff. (129), Beschl.v. 7.2.1956; OVG Münster, Urt.v. 20.3.1957, OVG 12, S. 177 ff., 187 f..

1) Vgl. etwa Krüger, VVDStrL 11, S. 138 f.; Stern, JZ 1960, S. 524; dens., DÖV 1961, S. 329 f.; Bellstedt, S. 164 ff.; Imboden, Gesetz, S. 42; Hamann, DVBl 1963, S. 489; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 135; Reuß, S. 278 f.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 53, 64 ff.; Götz, S. 290 ff.

2) Das betont Rüfner, S. 231 Fußn. 109, zu Recht gegenüber der gegenteiligen Auffassung von Stern, JZ 1960, S. 524; ders., DÖV 1961, S. 329 f.. Wie Rüfner auch H.J. Wolff III, § 138 III. c) 1., S. 139, und § 154 V. a), S. 220. Vgl. auch Möller, Wirtschaftsförderung, S. 46.

Enthalten sie aber Belastungen, die nicht nur die Modalitäten der Begünstigung betreffen, so wird deren Annahme doch in aller Regel freiwillig sein¹⁾. Gewiß ist "Freiwilligkeit" ein mehrdeutiger und inkommensurabler Begriff²⁾, dessen rechtliche Unbrauchbarkeit die objektiv normierte Festlegung der beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen als wünschenswert erscheinen läßt³⁾; nur zeigt er auf, daß man nicht jede Belastung des Bürgers ohne weiteres einem Eingriff im herkömmlichen Sinne gleichsetzen darf⁴⁾.

Dem trägt das Bundesverwaltungsgericht⁵⁾ dadurch Rechnung, daß es nur dann eine gesetzliche Grundlage für die Leistungsverwaltung fordert, wenn eine Leistung untrennbar mit einem Eingriff verbunden sei. In der Tat würde die Benachteiligung eines Konkurrenten durch Verschiebung seiner Wettbewerbssituation⁶⁾ als "Eingriff in Freiheit und Eigentum" eine kon-

-
- 1) Vgl. nochmals Rübner, S. 231 FuBn. 109.
 - 2) Darin ist Zacher, S. 338, gewiß zuzustimmen. Vgl. dazu auch die Ausführungen unten S.161 f.
 - 3) So auch Bachof, VVDStrL 19, S. 270; Bullinger, S. 96; Ipsen, VVDStrL 25, S. 290; Rübner, S. 224; a.A. Kuntzmann-Auert, S. 67.
 - 4) Vgl. Rübner, S. 230, der mit guten Gründen auf den nach wie vor bestehenden Unterschied von Eingriff und Leistung hinweist.
 - 5) BVerwGE 6, S. 282 ff. (287 f.), Urt.v. 21.3.1958; BVerwG, Urt.v. 19.12.1958, DÖV 1959, S. 706 ff. (708); BVerwGE 18, S. 352 ff. (353), Urt.v. 12.6.1964 = DVBl 1964, S. 824 f. (824). Für eine grundsätzlich gesetzesfreie Leistungsverwaltung etwa auch VGH Kassel, Urt.v. 29.11.1962, DVBl 1963, S. 443 ff.; Urt.v. 6.9.1967, DVBl 1968, S. 259 ff. (261); OVG Münster, Urt.v. 19.7.1962, NJW 1963, S. 731 f. (731); Bachof, VVDStrL 12, S. 56 f.; Peters, Festschr.f.H.Huber, S. 210 ff.; Köttgen, Spielraum, S. 41 ff.; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 45 f.; H.J. Wolff III, § 138 III. c) 1., S. 139; a.A. VG Koblenz, Urt.v. 22.11.1963, DVBl 1964, S. 935 ff. (936).
 - 6) Vgl. etwa Köttgen, Fondsverwaltung, S. 67 ff.; Götz, S. 284; Rübner, S. 231.

krete bundes- oder landesgesetzliche Ermächtigung für die kommunale Verwaltung erfordern. Ein Beschluß oder ein Ortsgesetz der Gemeinde allein würde dann nicht ausreichen.

Man muß sich aber auch hier hüten, das Moment der Belastung konstruktiv zu überspannen¹⁾. Denn zupinnen ist den Gemeinden das Recht zu einer Verschiebung der Wettbewerbslage durch Art. 28 Abs. 2 GG eingeräumt²⁾, zum anderen ist nicht jede wirtschaftliche Beeinträchtigung eines Konkurrenten eine gesetzesabhängige Korrektur der Wettbewerbsbedingungen. Häufig wird er mangels genügend enger Beziehung zum Begünstigten nur in bloßen Chancen (Rechtsreflexen) getroffen werden³⁾. Letztlich kann immer nur der einzelne Fall hierüber Aufschluß geben.

Gerade dieser Gesichtspunkt macht deutlich, daß sich eine durchgängige Gleichbehandlung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung rechtsdogmatisch nicht begründen läßt⁴⁾, ganz zu schweigen von den praktischen Schwierigkeiten, die sich aus ihr ergeben würden. Bei dem großen Umfang der kommunalen Leistungsverwaltung müßte der Landes- oder Bundesgesetzgeber

1) Vgl. Friauf, S. 736.

2) VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (623); Köttgen, Spielraum, S. 16 ff., bes. 53 f.; Bitter, S. 47; vgl. auch Friauf, ebd.. Demgegenüber ist der anderslautende gemeinsame Runderlaß des Innen- und Finanzministers von NW vom 13.12.1961 (MBI 1962, S. 77) nur eine unverbindliche Empfehlung, nicht eine zutreffende Interpretation der Rechtslage. Ebenso aber Zimmermann, S. 219 f.; Adenauer, S. 902 ff.

3) Vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 181; Köttgen, ebd., S. 40 f., 45; Friauf, S. 736; Rübner, S. 231 f; Kuntzmann-Auert, S. 68.

4) S. auch Rübner, S. 230; Kuntzmann-Auert, S. 70 f.

täglich wohl hunderte von Maßnahmegesetzen erlassen¹⁾, wenn - um die Beispiele von Bullinger²⁾ zu übernehmen - der Verkauf von Bauland, die billige Abgabe von Brennholz, die privatvertragliche Gestattung der Benutzung des städtischen Frei- oder Hallenbads nicht ohne eine spezialgesetzliche Ermächtigung möglich wären. Hier wie bei den besonders angesprochenen Subventionen im kulturellen und sozialen Bereich³⁾ könnte das Gesetz auch nur ganz weitgefaßt die allgemeinen Bedingungen und Verfahrensgrundsätze festlegen, unter denen Vergünstigungen an einen generell umschriebenen Empfängerkreis gewährt werden dürften. Wegen der verschiedenen konkreten Tatbestände und individuellen Vertragspartner müßte es darüber hinaus

1) Dazu und zur Überforderung des Gesetzgebers vgl. Schaumann, S. 114; Mallmann, S. 194; Scheuner, S. 601 ff.; Bullinger, S. 95; Eppe, S. 108 f.; H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 138/9; Rübner, S. 221, 227, 234, bes. S. 228 f., mit zahlreichen Nachweisen, wo er zu Recht bezweifelt, ob von schnell zustande gekommenen Maßnahmegesetzen eine bessere Regelung zu erwarten wäre als von den heute verwendeten Verwaltungsverordnungen. S. dort auch seine Hinweise auf die Handhabung der Richtlinien durch Praxis und Rechtsprechung oft wie Gesetze und die Konsequenz von Vogel, VVDStrL 24, S. 156 ff., bes. 162 ff., daraus. Vgl. ders. auch VVDStrL 25, S. 432 f. und die weitgehende Zustimmung, die er bei Ipsen, ebd., S. 295 ff., findet. Strikt ablehnend dagegen Zacher, S. 312 ff., 395 f., der objektive Normen verlangt, die unmittelbar und auch zuungunsten des verwaltungsfremden Dritten wirken, Verwaltungsvorschriften als "Rechtssetzung auf Unterwerfung" jedoch verwirft. Erhebliche Bedenken auch von Mayer, ebd., S. 433 f.. - Gegen Zachers, S. 312, Behauptung, die aus der "Bewegtheit der Bedarfe" rührenden technischen Schwierigkeiten subventionsrechtlicher Regelung seien nicht unüberwindlich, bestehen jedenfalls im kommunalen Bereich erhebliche Bedenken. Vgl. auch Ipsen, ebd., S. 279. - Positiv zu Maßnahmegesetzen äußert sich dagegen Friauf, S. 737; ohne grundsätzliche Einwände auch Mallmann, S. 194.

2) S. 96.

3) S. oben S. 41, insbes. auch Fußn. 5.

notwendig einen weiten Verhandlungsspielraum zum Aushandeln besonderer Bedingungen lassen¹⁾. Alle denkbaren Einzelfälle zu "katalogisieren", wäre im gemeindlichen Raum unmöglich²⁾.

Das Gebiet der Wirtschaftsförderung durch Subventionen wäre wegen seiner vielgestaltigen Eigenart, z.B. der unterschiedlichen örtlichen Bedürfnisse sogar nur schwer durch diese generalklauselartigen Regelungen zu erfassen. Hier werden die Bedingungen geradezu Punkt für Punkt ausgehandelt³⁾. Außerdem kann z.B. auch jede Auftragsvergabe zu Subventionierungs-, ja jedes privatrechtliche Rechtsgeschäft, selbst der Verkauf von Holz durch die Forstverwaltung, zu interventionistischen Zwecken benutzt werden⁴⁾. Schon die Auftragsvergabe als solche wird als Förderung angesehen. Möglich ist und von den Bewerbern erwartet wird darüber hinaus eine zusätzliche Förderung durch Bevorzugung bei Preisen und sonstigen Lieferungs- und Leistungsbedingungen⁵⁾.

1) Zur Nutzlosigkeit "kautschukartiger" Gesetzesbestimmungen vgl. Leisner, S. 201; zu deren gefährdeter Schutzfunktion H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 139; Kuntzmann-Auert, S. 71; vgl. auch Bitter, S. 48; vor allem RUFNER, S. 331 Fußn. 292, S. 225, der zutreffend darauf hinweist, daß diese Regelungen nicht wesentlich über die haushaltsgesetzliche Verordnung hinausgehen könnten und einen Ausweg in einer anderen Bewertung des Haushaltsgesetzes sieht. Vgl. zu dieser akuten Streitfrage außer den ebd. in Fußn. 86 Genannten sowie Ipsen, VVDStrL 25, S. 291 f., noch Stern, ebd., S. 418 ff.; Winkler, ebd., S. 423; Pfeifer, ebd., S. 423 f.; Imboden, ebd., S. 424 f.; insbes. aber Zacher, S. 357, 383 f., die auf die unzureichende Publizierung und mangelnde Durchsichtigkeit des Haushaltsplans verweisen.

2) Vgl. Krüger, VVDStrL 19, S. 267; von Münch, S. 299; Eppe, S. 108 f.; Ipsen, ebd., S. 279, 289 f.; 444; Zacher, S. 411; auch Mayer, ebd., S. 434; schließlich Kuntzmann-Auert, S. 71.

3) S. nochmals oben S. 41 Fußn. 5.

4) Vgl. RUFNER, S. 398/9.

5) So Möller, Subventionsverwaltung, S. 94; ders., Wirtschaftsförderung, S. 145.

Für jedes privatrechtliche Rechtsgeschäft der Kommunen eine gesetzliche Grundlage zu fordern, verbietet sich unter diesen Umständen jedoch von selbst. Sie auf bestimmte Agenden zu beschränken, scheitert schon daran, daß die Abgrenzung der existentiellen von den nicht existentiellen Leistungen ebenso zweifelhaft ist¹⁾ wie die Ausklammerung einer angeblich nur mittelbar öffentlichen Zielen dienenden sog. fiskalischen Verwaltungstätigkeit im engeren Sinne²⁾ oder aller Fälle, die keinen hoheitlichen Charakter trügen³⁾. Noch bedenklicher aber stimmt der Gedanke, daß auch lebenswichtige Leistungen der öffentlichen Hand mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht gewährt werden könnten, bis das ungewisse und langwierige Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen wäre⁴⁾.

Letztlich entscheidend zwingt aber die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer umfangreichen gesetzessfreien kommunalen Verwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) zur Absage an einen unbegrenzten Gesetzesvorbehalt. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft könnten nur sehr schwer oder gar nicht

-
- 1) So auch Kuntzmann-Auert, S. 68, die ferner darauf hinweist, daß für eine solche Unterscheidung sich irgendein Anhaltspunkt in der Verfassung finden müßte. Zu den Zweifeln am Wert dieser Abgrenzung vgl. auch unten S. 134.
 - 2) S. dazu die ausführlichen Darlegungen unten S. 118 ff.
 - 3) Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 96 ff.; ferner Mallmann, S. 189/90.
 - 4) Das betonen etwa Bullinger, S. 96, der auf S. 97 die Autoren anführt, die deshalb für solche Leistungen auf eine gesetzliche Ermächtigung verzichten; ferner Mallmann, S. 188; Bitter, S. 49; H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 138/9; Rübner, S. 227; die bei Friauf, S. 732 Fußn. 42, Genannten; Kuntzmann-Auert, S. 66 f., die hervorhebt, daß die Verwaltung sich jederzeit den sich wandelnden Lebensverhältnissen anpassen und die häufig nicht vorhersehbaren Aufgaben erfüllen können müsse; schließlich Zacher, S. 357, 411, dem deshalb Dauerordnungen nur ausnahmsweise sinnvoll erscheinen.

eigenverantwortlich gestaltend wahrgenommen werden, wenn für jedes (privatrechtliche) Rechtsgeschäft eine gesetzliche Ermächtigung des Bundes- oder Landtages notwendig wäre¹⁾. Eine umfassende, auch Einzelfragen regelnde rechtssatzmäßige Bindung würde die Gemeinden an ihrem "verfassungsrechtlich garantierten Lebensnerv" treffen²⁾. Reine Rechtsanwendung ist mit der kommunalen Selbstverwaltung unvereinbar.

Unübersehbar ist die Diskussion um Art und Ausmaß des Gesetzesvorbehalts nur ein Teil des Rechtsschutzproblems, die gleiche Teilhabe aller Bürger an den staatlichen Leistungen sicherzustellen³⁾. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß es eine gesetzesfreie Verwaltung im ursprünglichen Wortsinne heute nicht mehr gibt. Materielle Grenzen sind ihr insbesondere durch die Grundrechte gesetzt, deren mögliche Verletzung seit Bestehen der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel immer eine Klagebefugnis gewährt. Damit besteht kein grundsätzlicher Unterschied mehr zwischen gesetzlich geregelter und gesetzesfreier Verwaltung⁴⁾. Die Gefahr der Ambivalenz der Leistungen⁵⁾ in bezug auf einen nur schwer abgrenzbaren Kreis Dritter ließe sich auch durch Legalisierung wohl kaum beseitigen.

-
- 1) Vgl. Köttgen, Spielraum, S. 20 f.; Bitter, S. 48; Kuntzmann-Auert, S. 64 ff.; VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (625); grundsätzlich ebenso auch Möller, Subventionsverwaltung, S. 156 ff.; ferner Mallmann, S. 179 f.; auch Peters, VVDStrL 19, S. 275; Bullinger, S. 95; Rüfner, S. 224.
 - 2) So Köttgen, Spielraum, S. 43; Bitter, S. 48; Stern-Püttner, S. 141 ff.; Kuntzmann-Auert, S. 21.
 - 3) Vgl. Bullinger, S. 96 f.; Köttgen, ebd., S. 43 ff.; Bitter, ebd.; ferner Mallmann, S. 191; Rüfner, S. 226, beide mit Nachweisen.
 - 4) Das verschweigen die Kritiker des traditionellen Gesetzesvorbehalts jedoch weitgehend. Vgl. aber Köttgen, ebd., S. 44, insbes. 45/6, 74; Bitter, ebd.; H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 139; Kuntzmann-Auert, S. 68, 71.
 - 5) Imboden, Gesetz, S. 42; Mallmann, S. 191; Köttgen, ebd., S. 45.

Andererseits ist es rechtsstaatlich zweifelhaft, daß die (gemeindliche) Verwaltung durch gesetzesfreie Begünstigungen die Aufgabe des Gesetzgebers, die Rechts- und Interessensphären der Konkurrenten abzugrenzen, an sich zieht¹⁾. Das gilt auch für die den Empfängern auferlegten Pflichten, da der Staat sich nicht Befugnisse über die "Leerformel der (privatrechtlichen) Vertragsfreiheit" verschaffen darf²⁾. Ferner entstehen, besonders im Subventionswesen, Bedenken aus dem Mangel an Publizität, der gerade im kommunalen Bereich ganz evident ist und den Zugang zu den öffentlichen Leistungen über den Gleichheitssatz behindert³⁾. Diese Gründe sprechen für eine behutsame Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auch auf die kommunale nichteingreifende Verwaltung⁴⁾. Sie

-
- 1) Das betonen zu Recht Friauf, S. 736, 737; ähnlich Götz, S. 292; Kafka, VVDStrL 25, S. 414. Vgl. auch Mallmann, S. 190; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 46.
 - 2) Formulierung nach Zacher, S. 340, wo er auch aus diesem Grunde für eine gesetzliche Reglementierung der Subventionstypen und -rechtsbeziehungen eintritt. Vgl. im übrigen dens., S. 265, 395 f., 440 f.; und die Ausführungen unten S. 160 ff.
 - 3) Vgl. Zacher, S. 355 ff., mit Nachweisen, S. 363, der ihn als die zentrale Schwierigkeit bezeichnet, das Subventionswesen rechtsstaatlich zu bewältigen. Für das Fehlen jeglicher "Publizitätstendenz" gibt es keinen treffenderen Beweis als die erwähnte weitverbreitete kommunale Subventionsvergabe in verdeckten Formen. Vgl. dazu oben S. 41 f., S. 84 mit Fußn. 5. Zacher stellt zu Recht heraus, daß die "Chance des Über-Vorteils" das Licht scheue (S. 310, 358). S. ferner Schaumann, S. 112; Spanner, S. 8, 12, 15; Imboden, VVDStrL 25, S. 425; Kaiser, ebd., S. 429.
 - 4) So auch Götz, S. 291; Rübner, S. 230/1, unter Hinweis auf den Hess.VGH, Urt.v. 29.11.1962, DÖV 1963, S. 880 ff. (884) im Anschluß an Bullinger, S. 95; dem Sinne nach so auch H.J. Wolff III, § 138 III. b), S. 139; differenzierend auch Ipsen, VVDStrL 25, S. 290; Stern, ebd., S. 419.

ändern aber nichts daran, daß eine schematische generelle Gleichbehandlung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung weder rechtsdogmatisch zu rechtfertigen noch praktisch zu verwirklichen ist. Der privatrechtlich handelnden gemeindlichen Verwaltung sind daher im Interesse ihrer Rechtsschutzsuchenden Bürger andere Schranken aufzuerlegen.

Viertes Kapitel

Die Frage der Zweistufigkeit in der gemeindlichen Nichtein- griffsverwaltung

I. Die gemeindliche Förderungsverwaltung durch Subventionen

1. Die herrschende Zweistufentheorie

Die Forderung nach genügendem Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der mächtigen, Wohltaten verteilenden öffentlichen Hand läßt den größeren Teil der Rechtslehre¹⁾ und die Rechtsprechung²⁾ im Anschluß an Ipsen³⁾ für die Subventionsrechtsverhältnisse eine zweistufige Konstruktion vertreten. Nach ihr ist zwischen der hoheitlichen Entscheidung über die Durchführung der Subventionierung durch Verwaltungsakt und

-
- 1) Aus der umfangreichen Literatur seien genannt: Schüle, VVDStrL 11, S. 98, 145; Scheuner, ebd., S. 42 f.; Bachof, DÖV 1953, S. 423; Krüger, DVBl 1955, S. 385; Neumann, S. 74; Henze, S. 43 ff.; Siebert, DÖV 1959, S. 735; Mallmann, S. 190; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 10; Stern, JZ 1960, S. 560; Bellstedt, S. 168; Bullinger, S. 99 ff. (101); ders., DÖV 1960, S. 746; Obermayer, S. 377; Werner, S. 106 f.; Mertens, JuS 1963, S. 395 (allerdings mit Bedenken); Beinhart, S. 247; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 136 f.; Reuß, S. 268, 290; Eppe, S. 25; differenzierend Klebe, S. 51; Bitter, S. 49; H.J. Wolff III, § 154 VI., S. 221 ff..
 - 2) Vgl. etwa BVerwGE 1, S. 308 ff. (309 f.), Urt.v. 12.1.1955; 7, 180 ff. (181 ff.), Urt.v. 23.7.1958, BVerwG, Beschluß v.9.6.1959, DVBl. 1959, S. 665; Urt.v. 31.8.1961, DÖV 1961, S. 943 ff.; BVerwGE 7, 89 ff. (90 ff.), Urt.v. 6.6.1958; BGHZ 40, S. 206 ff. (210 f.), Urt.v. 7.11.1963; OVG Münster, Urt.v. 27.3.1953, DVBl 1953, 578 f.; VGH Stuttg., Urt.v. 31.3.1955, NJW 1956, S. 75 f.; differenzierend OVG Münster, Urt.v. 20.4.1966, DÖV 1967, S. 271 ff.
 - 3) Subventionierung, insbes. S. 19 f., 62 f., 64 f., (271). 77 f.; ders. auch AöR 39 (1952/3), S. 292 f.; und erneut VVDStrL 25, S. 297 ff.

einem sich anschließenden bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnis, dem sog. "Erfüllungsgeschäft" auf Grund besonderen Vertragsschlusses zu unterscheiden. Man begründet diese sog. Zweistufentheorie pragmatisch damit, daß der Verwaltungsweg nur so zu verschaffen sei¹⁾; nur so könnten auch die öffentlichrechtlichen Bindungen zur Geltung gebracht werden²⁾. Ohne Vorschaltung eines Verwaltungsakts ließe sich auch die "Kommerzialisierung" dieser Verwaltungstätigkeit nicht vermeiden³⁾.

2. Die gegen sie bestehenden praktischen wie rechtsdogmatischen Bedenken

Mag der Verwaltungsakt auch ein Zweckbegriff sein, um den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen⁴⁾, so muß er sich doch im Einzelfall praktisch und vor allem rechtsdogmatisch rechtfertigen lassen. Das ist jedoch, um das Ergebnis schon vorwegzunehmen, in diesen Zusammenhängen nicht der Fall.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß Argumente des gerichtlichen Rechtsschutzes für die Zuordnung eines Rechtsaktes zum öffentlichen oder zum privaten Recht heute nicht mehr von Be-

1) Vgl. etwa Krüger, DVBl 1955, S. 385 f.; Ipsen, DVBl 1962, S. 137; ders., VVDStrL 25, S. 299; Henze, S. 44; Bullinger, S. 97; Haak, S. 36.

2) Bes. deutlich Bullinger, S. 96/7: "Machtbegrenzung der leistungsgewährenden Verwaltung ... vor allem dadurch, daß die Bewilligung oder Nichtbewilligung der Leistung als Verwaltungsakt angesehen, damit den Grundrechten unterstellt ... wird". Siehe ferner Krüger, ebd., S. 385; Henze, S. 56, 58, 59 Fußn. 61; Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 237; Haas, S. 307; ferner Leisner, S. 207; Ipsen, ebd.; Haak, ebd..

3) So Krüger, ebd.

4) Vgl. Krüger, ebd.; Henze, S. 54 ff.; Mallmann, S. 190; Bullinger, S. 35, auch Fußn. 61; Haak, S. 58; Götz, S. 56 f.; Rübner, S. 376, 377 Fußn. 132.

lang sein können¹⁾. Auch die ordentlichen Gerichte sind in der Lage, dem öffentlichen Interesse und den Grundrechten zur Durchsetzung zu verhelfen. Aus diesem Grunde ist es auch nicht berechtigt, die rein zivilrechtliche Ausgestaltung der Subventionsverhältnisse als ungeeignet abzulehnen, weil sie der "Privatautonomie privater Interessenverfolgung" entstamme²⁾.

Wieso die befürchtete "Kommerzialisierung" des Subventionswesens verhindert werden würde, wenn man an die Stelle des Vertragsschlusses eine - nur zu oft gekünstelte - hoheitliche Entscheidung setzte, im übrigen aber die Abmachungen der Parteien doch dem "Zivilrecht und seiner Vertragsfreiheit" überließe³⁾, ist nicht einzusehen. Zutreffend weist Rüfner⁴⁾ darauf hin, daß auch der vorgeschaltete Verwaltungsakt kein reiner Normenvollzug und individuell verschieden, deshalb unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes ebenso bedenklich sei wie der Vertrag. Es hieße auch die Augen vor der Wirklichkeit verschließen, wenn man nicht sehen wollte, daß zumindest die gemeindliche Verwaltungstätigkeit weithin eine

1) So z.B. von Zeidler, VVDStrL 19, S. 239; Bullinger, S. 20, 40; Forsthoff, Auftraggeber, S. 13; Götz, S. 56 f., 62; auch Zuleeg, NJW 1962, S. 2233 f.; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 177; Bitter, S. 89; Zacher, S. 350.

2) Gedanke und Formulierung von Ipsen, VVDStrL 25, S. 266. Daß (privatrechtlicher) Vertrag der Verwaltung und Vertragsfreiheit nach Art der Privatautonomie scharf zu trennen sind, wurde demgegenüber bereits oben S. 59 Fußn. 3 hervorgehoben. Stich, S. 384, und Schlichter, S. 739, betonen darüber hinaus zu Recht, daß die aus dem "Aushandeln" verwaltungsrechtlicher Verträge entstehenden Gefahren nicht geringer zu veranschlagen seien.

3) Formulierung nach Bullinger, S. 100; vgl. ders., DÖV 1960, S. 748. Rüfner, S. 373 f., weist zutreffend darauf hin, daß dadurch die Rechtsschutzprobleme nicht zu lösen seien.

4) S. 334 - Vgl. jetzt auch Bullinger, Recht, S. 86.

"Kommerzialisierung" erfährt¹⁾. Diese hat ihre guten Gründe und ist rechtlich sicherlich weniger bedenklich, als das bisher vereinzelt angenommen worden ist. Im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung durch Subventionen z.B. liegen jeder Maßnahme sachgemäß rechnerische Überlegungen zugrunde, die Verhandlungen mit den Partnern erforderlich machen²⁾. Deren Position ist in der überwiegenden Zahl der Fälle auch stark genug, um sie günstige Vertragsbedingungen erzielen zu lassen³⁾.

Ist die Zweistufentheorie demnach praktisch schon nicht ausreichend, so beruht sie auch auf rechtsdogmatisch unhaltbaren Prämissen. Es ist nicht richtig, wie Ipsen⁴⁾ an den Anfang aller Überlegungen die Frage zu stellen, ob die Subventionen hoheitlich oder fiskalisch-privatwirtschaftlich vergeben würden. Daß diese Alternative sich nicht mehr stellt, die öffentliche Hand vielmehr bei Wahrnehmung dieser Förderungsaufgaben den öffentlichrechtlichen Bindungen, vorab den Grundrechten,

-
- 1) Vgl. oben S. 60 mit Fußn. 3; zu den Gründen hierfür die ebd. Fußn. 1 a.E. genannten Autoren. Ein kommerzielles "do ut des" ist nicht von vornherein und generell rechtsstaatlich bedenklich, vielmehr verwaltungspolitisch erforderlich. Vgl. auch Möller, Wirtschaftsförderung, S. 131 f., 174 Fußn. 239; Rübner, S. 409, der von kaufmännischem Verhalten der Verwaltung spricht; BGH, Urt.v. 14.7.1966, DOV 1966, S. 759 f..
 - 2) Soweit Krüger, DVBl 1955, S. 385, sich hiergegen wendet, kommt seinen Ausführungen rechtliches Gewicht nicht zu. Dagegen spricht Rübner, S. 334, zutreffend davon, daß oft eine individuelle Verständigung und Anpassung notwendig sei. Auf S. 409 schreibt er von Investitionen des Staates unter Rentabilitätsgesichtspunkten.
 - 3) Zur unrichtigen Prämisse der Inferiorität gemeindefremder Dritter, von der etwa Krüger, ebd., ausgeht, vgl. nochmals oben S. 60 mit Fußn. 1-3; ferner Mertens, JuS 1963, S. 395; Ipsen, VVDStrL 25, S. 300, 302.
 - 4) Subventionierung, S. 65; ders., VVDStrL 25, insbes. S. 287; ebenso aber die die Zweistufentheorie vertretende Rechtsprechung; weiterhin Henze, S. 48; Janknecht, S. 58, 96; richtig dagegen Götz, S. 59; Bitter, S. 49; Ermacora, VVDStrL 25, S. 405.

unterworfen ist, ist heute Allgemeingut¹⁾. Die Frage kann deshalb nur dahin lauten, ob die Subventionsverwaltung sich der hoheitlichen Form des Verwaltungsakts, der nichthoheitlichen Form des öffentlichrechtlichen oder des privatrechtlichen Vertrages oder einer Verbindung dieser möglichen Gestaltungsmittel bediene²⁾.

Hoheitliches und fiskalisches Handeln sind eben keine ausschließlichen Gegensatzpaare mehr. Damit versagt sich aber auch die Antwort, daß die Subventionsverwaltung prinzipiell zur Hoheitsverwaltung zähle, weil sie Primärzwecke öffentlichen Interesses verfolge³⁾. Es ist so gut wie unbestritten, daß die öffentliche Hand ihre spezifisch öffentlichen Aufgaben weitgehend auch mit den Mitteln des Privatrechts durchführen kann⁴⁾. Ipsens Hinweis⁵⁾ auf den Unterschied zwischen

-
- 1) Vgl. unten S. 118 ff.. Deshalb können Bullingers Fälle, S. 18/9, bis auf den hoheitlichen Steuerbescheid auch gleich geregelt werden; ungleich ist nur das Ausmaß der öffentlichrechtlichen Bindungen.
 - 2) So unterscheidet Badura, DÖV 1966, S. 630, öffentlichrechtliche, zweistufige und verwaltungsprivatrechtliche Subventionsverhältnisse; ebenso H.J. Wolff III, § 154 VI, a) 1-3, S. 221 f..
 - 3) So aber Ipsen, ebd., S. 285, 287.- Daß der subventionierende Staat keine Geschenke austeilt, ist zwar Tatsache, aber keine Begründung. Vgl. aber auch Neumann, S. 29; Beinhardt, S. 245; Reuß, S. 290; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 45; BVerwG, Urt.v. 31.8.1961, NJW 1962, S. 170 ff. = DVBl 1962, S. 134 ff.; wie hier dagegen Flessa, NJW 1954, S. 540; Götz, S. 58, 59/60.
 - 4) Das erkennt grundsätzlich auch Ipsen, VVDStrL 25, S. 297 f., an, wenn er den privatrechtlichen Vertrag nur in der Regel für die Entscheidung über die Subventionierung ausschließt! - Vgl. z.B. Bullinger S. 29, aber auch 30/1, dessen Bedenken gegen eine vertragliche Lösung in der Leistungsverwaltung jedoch grundsätzlich nicht mehr berechtigt sind, seitdem die privatrechtliche "Vertragsfreiheit" der öffentlichen Hand in Fesseln gelegt ist. S. ferner Haak, S. 29; Janknecht, S. 36 f., 50; Götz, S. 58/9, 60; insbes. Klebe, S. 51, 60/1; OVG Münster, Bescheid v. 14.5.1958, DVBl 1959, S. 103; auch Flessa, DVBl 1957, S. 81 ff. u. 120; ders., DÖV 1959, S. 106; Schneider, NJW 1957, S. 1077; Möller, Subventionsverwaltung, S. 140; ders., Wirtschaftsförderung, S. 177.
 - 5) VVDStrL 25, S. 287.

öffentlichem Auftragswesen und Subventionsverwaltung geht, hiervon abgesehen, schon deshalb fehl, weil auch bei Subventionen der primäre öffentliche Zweck nicht in der persönlichen Förderung des Empfängers zu bestehen braucht. Wenn etwa eine Gemeinde zur Hebung ihres Steueraufkommens die Ansiedlung eines Industrieunternehmens begünstigt, verhält sie sich nicht weniger kaufmännisch als bei Auftragserteilung an den wirtschaftlichsten Anbieter¹⁾. Die Prämisse hoheitlicher Zuteilung der Subventionen läßt sich aber schon aus deren Wesen nicht zwingend herleiten, darüber hinaus verbietet sich die zweistufige Betrachtungsweise der gemeindlichen Subventionsverhältnisse sogar aus mehreren Gründen: Ist es richtig, die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Vertrag danach vorzunehmen, ob die Rechtsfolgen sich nur aus Rechtsvorschriften ergeben oder wenigstens zum Teil auf der Übereinkunft der Parteien beruhen²⁾, so schließt diese Unterscheidung die Annahme zweier Stufen eo ipso aus. Bei konkreter gesetzlicher Regelung der Subventionsbeziehung bleibt dann nur für einen Hoheitsakt, nicht jedoch für einen nachfolgenden privatrechtlichen Vertragsschluß Raum, umgekehrt bei generalklauselartiger oder fehlender Regelung nur für einen (privatrechtlichen) Vertrag, nicht aber für einen vorgeschalteten Verwaltungsakt. Es ist nicht möglich, den Willen des einzelnen auf der öffentlichrechtlichen Vorstufe als unmaßgeblich anzusehen, ihm dagegen bei Abschluß des "Erfüllungsvertrages" konstitutive Wirkung beizumessen³⁾. Denn die inhaltliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses durch den Verwaltungsakt soll für das

1) Vgl. dazu Rübner, S. 408/9.

2) Diese Unterscheidung wurde oben S. 65 ff. den weiteren Erörterungen zugrunde gelegt.

3) Zum Grundsatz der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses vgl. Janknecht, S. 38; Zuleeg, Rechtsform, S. 46, 50 f., 52; H.J. Wolff III, § 154 VI. 3., S. 222; KG, Urt.v. 18.9.1956, NJW 1957, S. 1076 f. (1077); ferner Möller, Wirtschaftsförderung, S. 179; dem Sinne nach ebenso Maunz, S. 3.

privatrechtliche Rechtsgeschäft maßgeblich sein¹⁾. Da die kommunale Subventionsverwaltung grundsätzlich ohne spezialgesetzliche Grundlage verfährt²⁾, stehen ihr demnach nur die zivilrechtlichen Vertragsformen zur Verfügung.

Mag die Zweistufigkeit sich im Bereich der Bundes- und Ländersubventionen als praktikabel erwiesen haben³⁾, die rechtssystematischen Einwände gegen sie verringern sich nach diesen Überlegungen auch dann nicht, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist⁴⁾. Welchen Sinn soll - von den Zulässigkeitsbedenken abgesehen - ein Verwaltungsakt haben, der sich in der Bewilligung der beantragten Subvention erschöpft, die Regelung sämtlicher Modalitäten jedoch dem "Vertrag der zweiten Stufe" überläßt? Mit Recht weist Imboden⁵⁾ darauf hin, daß der vorausgegangenen Verfügung sich neben der "Vereinbarung" nur insoweit Bedeutung beilegen ließe, als in ihr Fragen (z.B. Nebenleistungen) geregelt seien, die im "Vertrag" nicht geregelt würden. Dann liege aber ein Nebeneinander von Verfügung und Rechtsgeschäft und nicht, wie es dem Konzept der Zweistufentheorie entspreche, ein Übereinander vor.

1) Vgl. Ipsen, Subventionierung, S. 86 ff.; Mertens, JuS 1963, S. 396; Zuleeg, ebd., S. 51; H.J. Wolff, ebd., 2., S. 222; auch Maunz, S. 3.

2) S. oben S.41 mit Fußn. 5 und S. 67 mit Fußn. 1 ; ferner H.J. Wolff III, § 154 VI. 3., S. 222, V. e), S. 221.

3) Das behauptet Werner, S. 104 ff..

4) Zacher, S. 349, betont gegenüber Götz, S. 62, daß ein "Zustand höchster Verwirrung" im Rechtsstaat niemals hinzunehmen sei. Wie Götz für Anwendung der Zweistufentheorie bei gesetzlicher Vorschrift aber Beinhartd, S. 245 f.; Zuleeg, Rechtsform, S. 23; H.J. Wolff III, § 154 VI. a) 3., S. 222; Rübner, S. 376.

5) S. 161; vgl. auch Haas, S. 307; Schaumann, S. 111/2; Haak, S. 58; Janknecht, S. 47; Zuleeg, Rechtsform, S. 51; ders., NJW 1962, S. 2232; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 138 Fußn. 1; Sailer, S. 296 Fußn. 35; Maunz, S. 3; Rübner, S. 375; Zacher, S. 349.

Man fragt sich zudem, warum nicht alle Modalitäten entweder im Hoheitsakt oder im Rechtsgeschäft geregelt werden. Dieses den Grundsätzen des öffentlichen Rechts zu unterwerfen, vermeidet auch die Zweistufenlehre nicht¹⁾. Der zivilrechtliche Vertrag soll und kann nicht der "Privatautonomie" überlassen werden²⁾. Im Gegenteil ergeben sich aus der intendierten Verschränkung der beiden Teile schwierige Fragen nach dem Rechtscharakter und der öffentlichrechtlichen Gebundenheit der auf ihn einwirkenden behördlichen Entscheidungen, denen man sich nicht einfach dadurch entziehen kann, daß man diese in jedem Fall als Verwaltungsakte ansieht³⁾. Das von Bullinger⁴⁾ beklagte "Vermengen privatrechtlicher und hoheitlicher Prinzipien" ist also auch im Zeichen der Zweistufentheorie in Kauf zu nehmen.

3. Die Einwände aus der gemeindlichen Verwaltungswirklichkeit

Wie schon Möller⁵⁾ nachdrücklich betont, widerspricht auch die gemeindliche Verwaltungswirklichkeit eindeutig der Kon-

-
- 1) Dieser Auffassung sind jedoch Bullinger, S. 101, und wohl auch Haak, S. 36; dagegen zutreffend Mertens, JuS, 1963, S. 395/6; Rübner, S. 374 f., 377 Fußn. 133, S. 380 f.. Das gilt besonders für die individuellen kommunalen Subventionsverträge.
 - 2) Vgl. Leisner, S. 208 mit Fußn. 28; Rübner, S. 374; ferner Janknecht, S. 68; Zuleeg, Rechtsform, S. 63, die ja auch gerade deswegen eine rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise vertreten. Anders dagegen Schüle, VVDStrL 11, S. 97; Henze, S. 80/1; Haak, S. 38.
 - 3) Vgl. etwa Rübner, S. 374 ff., 382, und die dortigen Nachweise; weiterhin Flessa, DVBl 1957, S. 81 f. u. 118 f.; Janknecht, S. 21 ff., 38 ff.; Zuleeg, ebd., S. 8 f., 63 f; ders., NJW 1962, S. 2232; Götz, S. 61 f.; Schlichter, S. 739; Zacher, S. 349 mit Fußn. 190; VGH München, Urt.v. 5.12.1966, DVBl 1967, S. 383 ff..
 - 4) S. 100, 101; DÖV 1960, S. 748.
 - 5) Subventionsverwaltung, S. 137, 141 f.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 135 f., 175. Vgl. auch Flessa, DVBl 1957, S. 83 u. 120; Janknecht, S. 37; Zuleeg, Rechtsform, S. 51, 69 f..

struktion zweistufiger Subventionsverhältnisse. Seine Begründung jedoch, daß nicht der Rat (oder seine Ausschüsse) über das "Ob" der Subventionierung hoheitlich entscheide und dem Gemeindevorstand alsdann die zivilrechtliche Ausführung der Hoheitsentscheidung obliege, ist trotz ihrer tatsächlichen Richtigkeit rechtlich nicht überzeugend. Daß für den Subventionsbewerber nur die Erklärung des Gemeindevorstands rechtserheblich ist, wenn sie auch auf internem Ratsbeschuß beruht, besagen schon die Gemeindeordnungen¹⁾. Daraus herzuleiten, daß von einer äußerlich erkennbaren Zweistufigkeit in der kommunalen Subventionsverwaltung nicht gesprochen werden könne, ist nicht zutreffend. Zweistufiges Vorgehen der gemeindlichen Verwaltung und Handeln zweier Organe stehen in keiner Beziehung zueinander, da rechtlich nur auf das mit Außenwirkung handelnde Organ abzustellen ist.

Die Frage ist vielmehr, ob sich die Tätigkeit des Gemeindevorstands in e i n e r Willenserklärung erschöpft²⁾. Sie ist deshalb zu bejahen, weil zur Begründung der gemeindlichen Subventionsverhältnisse Verwaltungsbehörde und Empfänger grundsätzlich zusammenwirken müssen. Ihre eingehenden partnerschaftlichen Erörterungen und Verhandlungen³⁾ über die Modalitäten der Förderungsmaßnahmen lassen eine einsei-

-
- 1) Für NW §§ 47 Abs. 1 Satz 2, 55, 56 GO - Vgl. zu den gemeindlichen Verhältnissen im einzelnen Möller, Subventionsverwaltung, S. 120 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 135 f., 175 f.
 - 2) Vgl. etwa Henze, S. 82; Janknecht, S. 37; Zuleeg, Rechtsform, S. 63.
 - 3) S. oben S. 60 mit Fußn. 2; ferner Möller, Subventionsverwaltung, S. 142; Krüger, VVDStrL 11, S. 139/40; Leisner, S. 211, der von Kooperation im technischen Bereich spricht; sowie Baur, S. 41, der zu Recht die Frage stellt, ob frei ausgehandelte Vereinbarungen - möge man sie nun dem öffentlichen oder privaten Recht zurechnen - nicht ebenso häufig seien wie der hoheitliche Befehl.

tige hoheitliche Regelung auch dann als ausgeschlossen erscheinen, wenn man der obigen Abgrenzung von Verwaltungsakt und Vertrag und der Konsequenz aus ihr die Zustimmung versagt; dies um so mehr, als die Erklärung des Gemeindevorstands der Entscheidung des Rates und seiner Ausschüsse folgt, die bei Gewährung auch die inhaltliche Ausgestaltung der Subvention mitumfaßt¹⁾.

Schließt man sich der vorgeschlagenen Unterscheidung aber an, so sind die gesetzesfreien kommunalen Subventionsverhältnisse entgegen verbreiteter Auffassung selbst dann rein vertraglicher Struktur, wenn sie dem Willen der Verwaltung und der von ihr gewählten Bezeichnung widersprechen. Ein "Bewilligungsbescheid" ist stets Vertragsbestandteil, nicht jedoch Verfügung, mag er auch als klar erkennbar vom zivilrechtlichen Vertrag abgesetzter selbständiger "Verwaltungsakt" erscheinen. In diesem Sinne muß auch Götz²⁾ verstanden werden, nach dessen Meinung nur dann von einer selbständigen öffentlichrechtlichen Vorstufe ausgegangen werden kann, wenn öffentlichrechtliche Normen bestehen, die eigenständige Rechtsbeziehungen erzeugen.

Die Annahme eines vorgeschalteten Verfügungsmäßigen Begründungsakts ist ferner unvereinbar mit der Überlegung, daß die

-
- 1) So Möller, Subventionsverwaltung, S. 142, 145, 146 f.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 175, 180. - Das läßt auch für den oben S. 42 f. erwähnten Fall der kommunalen Kreditgewährung unter Einschaltung der Hausbank des Kreditempfängers nur eine rein privatrechtliche Abwicklung zu (für ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Verwaltung und Bürger und ein privatrechtliches zwischen Hausbank und Bürger dagegen Henze, S. 44; Zuleeg, Rechtsform, S. 93 ff.; Rübner, S. 410, der allerdings in Fußn. 273 auch eine rein privatrechtliche Konstruktion erwägt; differenzierend Möller, Subventionsverwaltung, S. 150).
- 2) S. 59, 60. - Auch H.J. Wolff III, § 154 VI. a) 3., S. 222, schließt zwei Stufen aus, wenn zur Subventionierung nur eine Rechtshandlung der Verwaltung genügt.

grundsätzlich so bezeichneten Subventionsverhältnisse in Wirklichkeit oftmals nur unselbständige Bestandteile entgeltlicher privatrechtlicher Rechtsgeschäfte sind¹⁾). Man kann jedoch, wie Zacher²⁾ ausführt, nicht den hoheitlichen Begründungsakt für das Subventionselement, den privatvertraglichen für das Austauschelement maßgeblich sein lassen. Beide zu einer Einheit zu verschmelzen, sei aber auch nicht möglich. Nichts dokumentiert indes die rechtsdogmatische Unhaltbarkeit und rechtsstaatliche Bedenklichkeit der Zweistufentheorie besser als die Zweifel, die auch ihre Anhänger über den Umfang ihrer Geltung haben³⁾). Ihre Anwendbarkeit auf die gemeindliche Vorsorge- und Auftragsverwaltung muß daher im weiteren je gesondert überprüft werden.

II. Die gemeindliche Vorsorgeverwaltung

1. Die zweistufige Konstruktion

Haben sich die Befürworter einer zweistufigen Betrachtungsweise der Subventionsverhältnisse - wenn auch ohne durchschlagenden Erfolg - nach Kräften um eine rechtsdogmatische Untermauerung ihrer Auffassung bemüht, so kann Gleiches von den Anhängern der Zweistufigkeit (auch) der gemeindlichen Vorsorgeverwaltung in privatrechtlichen Rechtsformen⁴⁾ nicht ge-

1) Vgl. Götz, S. 57; auch Möller, Subventionsverwaltung, S. 154; Haak, S. 35.

2) S. 347 ff. - Das gelte besonders für das Darlehen und die Bürgschaft, die zentrale Anknüpfungspunkte für die Zweistufentheorie (gewesen) seien.

3) Vgl. Rüfner, S. 375.

4) Bachof, DÖV 1953, S. 423 mit Fußn. 14; Budde-Hupfauer, S. 41 ff.; Hurst, S. 842; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 33; Bullinger, S. 100 ff., 108; Siedentopf, S. 80; Beinhardt, S. 246; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 137 Fußn. 1; Reuß, S. 289 ff.; Stern-Püttner, S. 126; Badura, JuS 1966, S. 19; ders., Verwaltungsmonopol, S. 271 mit Fußn. 51, S. 277; H.J. Wolff II, § 98 II. h) 2. d), S. 332 u. § 99 V. b), (Fortsetzung s.S. 107)

sagt werden. Sie begnügen sich durchweg mit knappen, schlagwortartigen Begründungen, oft mit bloßen Behauptungen.

Zusammengestellt lauten diese, ungeachtet der im übrigen zwischen den zitierten Autoren bestehenden kleinen Unterschiede der Auffassung, auf die es in diesem Zusammenhang jedoch nicht ankommt, dahin, daß die Zweistufentheorie vor allem für Subventionen entwickelt worden sei, aber durchaus allgemein auf die Leistungsverwaltung angewendet werden könne¹⁾ Im Recht der öffentlichen Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen gehöre die Entscheidung über das "Ob" der Leistungsgewährung, da aus dem Lebensverhältnis heraus verselbständigt²⁾, mindestens dort dem öffentlichen Recht an, wo der Staat als Vergeber existentieller Leistungen auftrete oder wo er rechtliche oder faktische Monopole innehab³⁾. Auch wo das Grundverhältnis zum Leistungsempfänger privatrechtlich "abgewikkelt" werde, sei die Ablehnung (oder das Einverständnis), ein Leistungsverhältnis zu begründen, nicht (oder nicht nur) Vertragsablehnung (oder Vertragsannahme), sondern (auch) Verwaltungsakt, der über das subjektive öffentliche Recht auf Zulassung (sei es auch in Form des Rechts auf Kontrahierung)

S. 349; ders., ArchKommWiss., S. 159 f.; BVerwG, Urt.v. 10.1.1961, GewArch 1961, S. 188 ff.. (188); OVG Hambg., Urt.v. 30.6.1950, VerwRspr 3, Nr. 23, S. 98 ff. (103 f.); HessVGh, Urt.v. 17.8.1951, DVBl 1951, S. 737 f.; BayVGh, Urt.v. 21.6.1954, BayVBl 1955, S. 59 ff. (61); BayVerfGh, VGHE v. 20.6.1956, DÖV 1956, S. 499 f. (499); OVG Lünebg., Urt.v. 27.6.1963, DVBl 1964, S. 365 f. und v. 3.9.1965, BB 1965, S. 1207.

- 1) Vgl. Bullinger, DÖV 1960, S. 748; Haak, S. 103 Fußn. 1; Raiser, S. 408; Mallmann, S. 190; Reuß, S. 268; auch BGH, Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff. (178).
- 2) So Badura, Verwaltungsmonopol, S. 271 Fußn. 51, allerdings im Widerspruch zu seiner Formulierung in DÖV 1966, S. 630, daß Daseinsvorsorge nicht in der Zuerkennung von Leistungsansprüchen durch Verwaltungsakt, sondern darin bestehe, daß real Güter oder Dienstleistungen gewährt würden.
- 3) So Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 137 Fußn. 1; vgl. auch Bachof, DÖV 1953, S. 423; Bullinger, S. 250; Haak, S. 56.

entscheide¹⁾. Es handele sich um einen sog. privatrechts-
gestaltenden Verwaltungsakt²⁾. Die zur Annahme einer selbstän-
digen öffentlichrechtlichen Vorstufe erforderliche, das
Rechtsverhältnis determinierende öffentlichrechtliche Norm
finde sich für die kommunale Vorsorgeverwaltung in § 18 Abs.
2 GO NW³⁾.

Man⁴⁾ sieht sich allerdings gezwungen zuzugeben, daß sich in
manchen Fällen ein Vorschalt-Verwaltungsakt "schwer" konstru-
ieren lassen werde, so bei Gründung von Verwaltungsträgern
in Privatrechtsform.

2. Die Schwächen der zweistufigen Betrachtungsweise

Gerade diese letzte einschränkende Feststellung zeigt auf,
daß auch hier - wie schon im Subventionsrecht - die irrige
Vorstellung Pate gestanden hat, nur über die Annahme zweier
Stufen lasse sich ein ausreichender Rechtsschutz des von den
Leistungen der öffentlichen Hand abhängigen Bürgers erzielen.
Konnte man dort aber zum Beweis der Berechtigung solcher
Konstruktion noch auf rechtssatzmäßige Regelungen in Gesetzen
und Verwaltungsverordnungen verweisen⁵⁾, so ist dieses in der
kommunalen Vorsorgeverwaltung verwehrt. Es verwundert daher

-
- 1) Budde-Hupfauer, S. 44; Maunz-Dürig, ebd.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 271, 277; ferner H.J. Wolff II, § 98 II. h) 2. α), S. 332; vgl. dens. aber auch § 99 III. a), S. 337; § 99 V. b), S. 349 ("gegebenenfalls"). Seine Ausführungen erscheinen symptomatisch für die Unsicherheit der herrschenden Meinung in dieser Rechtsfrage.
 - 2) Budde-Hupfauer, S. 81; Badura, JuS 1966, S. 19.
 - 3) Vgl. Siedentopf, S. 80; auch Stern, JZ 1962, S. 182; ders. JuS 1965, S. 141; H.J. Wolff II, § 98 II. h) 2. α), S. 332; ders., ArchKommWiss., S. 159 f.; List, S. 113; s. auch BVerwG, Urt.v. 24.2.1956, DÖV 1957, S. 319 f. (320).
 - 4) Bullinger, S. 101; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 271; Der Anspruch ist privatrechtlicher Natur, wenn die öffentliche Einrichtung eine Gesellschaft des Privatrechts ist.
 - 5) Etwa auf § 102 2. WoBauG; § 68 BEG; § 74 BVFG - Das tut dort auch H.J. Wolff III, § 154 VI. a), S. 222.

nicht, daß man zum Teil als eine "aus dem Lebensverhältnis heraus verselbständigte Entscheidung" auch einen formlosen Verwaltungsakt genügen läßt¹⁾.

Man setzt sich damit zu der Grundvoraussetzung der Zweistufentheorie in Widerspruch, daß zwei klar erkennbar voneinander abgesetzte, selbständige Willensäußerungen des Hoheitsträgers vorliegen müssen²⁾. Auch vertritt man in Wirklichkeit bereits eine einstufige Konstruktion, wenn man die "Zulassung" zu öffentlichen Einrichtungen mit privatrechtlicher Benutzungsordnung als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt bezeichnet, mag man auch noch von einem zweistufigen Rechtsverhältnis sprechen. Die Bedenken gegen eine solche Betrachtungsweise finden sich bereits bei Zuleeg³⁾ zusammengestellt. Hier entscheidender Gesichtspunkt ist, daß ein Verwaltungsakt, der unmittelbar einen zivilrechtlichen Vertrag zwischen Verwaltung und Bürger erzeugen soll, aus rechtssystematischen Gründen ausgeschlossen ist⁴⁾. Ein Verwaltungsakt kann als Hoheitsakt unmittelbar nur ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zum Bürger begründen. Jene Erkenntnis allein entspricht auch der in dieser Untersuchung zugrunde gelegten Abgrenzung des Verwaltungsakts vom Vertrag, die ja nach der gesetzlichen Ausgestaltung eines Rechtsbereiches zu ausschließlich durch Verfügung begründeten oder vertraglichen Rechtsverhältnissen gelangt.

-
- 1) So Budde-Hupfauer, S. 69, die andererseits auf S. 75 darauf hinweist, daß der Verwaltungsakt jedoch eindeutig dem Willen der Verwaltung entsprechen müsse; auch Badura, JuS 1966, S. 19. - In ihrer Nähe befindet sich auch Püttner, S. 119 ff., 137/8, der ebenfalls eine öffentlichrechtliche Zulassung zur Benutzung vom Benutzungsverhältnis selbst trennt, sie jedoch lediglich aus prozessualen Erwägungen nicht als Verwaltungsakt bezeichnen möchte.
 - 2) Vgl. Rübner, S. 376.
 - 3) Rechtsform, S. 9, 48 ff., 52; vgl. auch Flessa, DÖV 1959, S. 106; Bender, S. 183; Rübner, S. 375.
 - 4) Vgl. außer Zuleeg, ebd., auch Janknecht, S. 37 f.; a.A. wohl Obermayer, JZ 1962, S. 377 f.

Da die gemeindliche Vorsorgeverwaltung in privatrechtlichen Rechtsformen gänzlich gesetzesfreie Verwaltung ist, kann sie von daher schon nur vertraglicher, nicht aber auch hoheitlicher (zweistufiger) Natur sein. Die Befürworter ihrer Zweistufigkeit berufen sich demgegenüber zu Unrecht auf § 18 Abs. 2 GO NW als eine Rechtsnorm, die die Annahme eines vorgeschalteten Hoheitsakts rechtfertigt. Denn diese Vorschrift bedeutet lediglich ein "dem rechtlichen Charakter der Gemeinde als Gebietskörperschaft entsprechendes, korporatives Recht der Einwohner" auf Benutzung der kommunalen öffentlichen Einrichtungen¹⁾. Sie ist daher im Rechtssinn dem öffentlich-rechtlichen Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbar, mit dem Unterschied, daß sie grundsätzlich die Gemeinde zum Vertragsschluß zwingt, jener aber nur in dem durch ihn gebotenen Umfang²⁾. Nicht jedoch erzeugt sie, wie für die Begründung einer öffentlichrechtlichen Vorstufe erforderlich wäre³⁾, eine eigene Rechtsbeziehung zwischen Verwaltung und Bürger⁴⁾.

Selbst wenn man von den rechtsdogmatischen Bedenken gegen die Zweistufentheorie absähe, wäre sie daher in der kommunalen Vorsorgeverwaltung nicht zu konstruieren. Diese ist notwendigerweise rein vertraglicher Natur; denn ihre Rechtsverhältnisse gelangen nicht zur Wirksamkeit, weil eine gesetzliche Vorschrift ihren Abschluß fordert, sondern weil der Wille der Parteien gemeinsam auf ihn gerichtet ist. Daß sich der Inhalt der privatrechtlichen Leistungs- und Lieferungsverhältnisse

1) So Badura, JuS 1966, S. 19; ders., Verwaltungsmonopol, S. 270, wo er ausführt, daß dieses korporative Moment... gegenüber dem anstaltsrechtlichen Gehalt dieses Anspruchs als Zulassungszwang ganz in den Hintergrund trete.

2) S. dazu unten S.143 ff.

3) Vgl. Götz, S. 59 ff.; s. auch Stich, S. 386; BVerwG, Urt.v. 21.7.1964, MDR 1965, S. 69 f. (70).

4) Wie sie geht auch § 6 Abs. 5 EnergG lediglich von der öffentlichrechtlichen Natur des Anspruchs auf "Anschluß" und Versorgung, nicht aber von zwei Stufen aus.

nach allgemeinen Lieferungsbedingungen bestimmt, die auf einseitiger Festlegung durch die gemeindliche Verwaltung beruhen, ändert als dem Zivilrecht geläufige Erscheinung nichts an ihrer rechtsgeschäftlichen Natur¹⁾. Wie im Subventionswesen entspricht sie allein der Praxis auch der kommunalen Vorsorgeverwaltung, die so verfährt, daß sie den (ausdrücklichen oder konkludenten) Antrag des einzelnen auf Belieferung oder Beförderung mit einer (ebenfalls ausdrücklichen oder konkludenten) Annahmeerklärung beantwortet²⁾. Eine besondere "Zulassungsgenehmigung" wird in aller Regel nicht erwähnt³⁾, wäre bei Verwaltungsträgern in Privatrechtsform auch ausgeschlossen, da diese keine Beliehenen sind⁴⁾.

Hat sich die Behauptung, die Zweistufentheorie könne generell auf die (gemeindliche) Leistungsverwaltung angewendet werden, nach unseren Ausführungen als unzutreffend erwiesen, so verringern sich die Bedenken auch nicht, wenn man die Zweistufigkeit auf existentielle und monopolisierte Leistun-

-
- 1) Vgl. Rübner, S. 317 ff., mit zahlreichen Nachweisen; Budde-Hupfauer, S. 66 f., dazu im Widerspruch aber S. 87 ff.; a.A. Vogel, S. 251 f.
 - 2) Vgl. Budde-Hupfauer, S. 43, selbst. Zur Qualifizierung der "Zulassung" zur Anstaltsnutzung als Vertrag s. auch Rübner, S. 322, 324, 329/30, mit umfangreichen Hinweisen; Forsthoff, Lehrbuch, S. 384, bei privatrechtlicher Benutzungsordnung.
 - 3) S. Siebert, DÖV 1959, S. 736; Klebe, S. 51; Budde-Hupfauer, S. 42 f., selbst, die dann mit beispielhaft falscher Argumentation dennoch zur Zweistufigkeit gelangt (S. 44): Nehme ein Versorgungsunternehmen ein höchst ungünstiges und unrentables Vertragsangebot an, so nicht auf Grund freien Willens, sondern auf Grund seiner Verpflichtung zur Zulassung. Der Vertragsannahme gehe rechtlich eine Entscheidung voraus, die man als...Zulassungsbewilligung bezeichnen könne. - Die erkennbaren Überlegungen der Verwaltung sind jedoch, solange sie sich nur im innerdienstlichen Bereich manifestieren, nach außen unerheblich.
 - 4) Vgl. Siedentopf, S. 61 ff., mit Nachweisen; H.J. Wolff II, § 104, S. 386 ff.; ders., ArchKommWiss, S. 173.

gen der öffentlichen Hand beschränkt. Im Gegenteil gesellt sich zu den dann auftretenden Abgrenzungszweifeln sogleich die Frage, wie allein der besondere Charakter von Leistungen eine neue, eigene Rechtsform ihrer Gewährung begründen könne. Der Gefahr, einen rechtlich und faktisch einheitlichen Vorgang ohne innere Notwendigkeit in zwei Akte aufspalten zu wollen¹⁾, wäre man auch in der kommunalen Vorsorgeverwaltung entgangen, wenn man beachtet hätte, daß einer behördlichen Entscheidung so lange kein eigenes rechtliches Gewicht zukommt, wie sie im innerdienstlichen Bereich verbleibt²⁾.

III. Die gemeindliche Auftragsverwaltung - Die besonders kennzeichnende Unhaltbarkeit der zweistufig gemischten Konstruktion

Nicht zuletzt diese Einsicht in den internen Charakter gewisser behördlicher Entscheidungen hätte auch den Streit³⁾ um die Zweistufigkeit von Rechtsverhältnissen bei der Vergabe öf-

-
- 1) So Obermayer in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 279.
 - 2) Daß der Verwaltungsakt eine bewußte Äußerung der Verwaltung ist, betonen Flessa, DVBl 1957, S. 120; Klebe, S. 51; Janknecht, S. 37 f.; Rüfner, S. 376; ähnlich BVerwGE 14, S. 65 ff. (67 ff.), Urt.v. 8.3.1962, DVBl 1962, S. 563 ff. = NJW 1962, S. 1535 ff. = DÖV 1962, S. 626 ff., zur Auftragsvergabe.
 - 3) Für Zweistufigkeit: Ipsen, Subventionierung, S. 71 f.; ders., VVDStrL 25, S. 298; Bettermann, DVBl 1958, S. 867; Menger, VerwArch 49 (1958), S. 276 f.; 50 (1959), S. 77; 54 (1963), S. 98 ff.; Obermayer, NJW 1959, S. 115 f.; Daub-Meierrose-Müller, S. 305; Jesch, DÖV 1961, S. 757; Bullinger, S. 102; Haak, S. 67 ff.; Bender, S. 179; BVerwGE 7, 89 ff. (91 f.), v. 6.6.1958 = DÖV 1958, S. 667 f. - Gegen Zweistufigkeit: Flessa, DÖV 1959, S. 106; von Köhler, S. 218; Zuleeg, NJW 1962, S. 2231 ff.; Forsthoff, Auftraggeber, S. 22; Haak, S. 60 (bei normaler Vergabe); Janknecht, S. 107; Reuß, S. 271; Bogs, S. 1272 Fußn. 37; BVerwGE 5, S. 325 ff. (326 ff.), v. 7.11.1957 = NJW 1958, S. 394 ff. (394 f.) = DVBl 1958, S. 864 ff. (864 f.) = DÖV 1958, S. 303 ff. (303 f.); 14, S. 65 ff., v. 8.3.1962 = DVBl 1962, S. 563 ff. = NJW 1962, S. 1535 ff. = DÖV 1962, S. 626 ff.; BGH, Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff. (178); BGHZ 14, S. 222 ff. (226), Urt.v. 10.7.1954; OVG Berlin, Urt.v. 27.4.1961, NJW 1961, S. 2130 f. (2131).

fentlicher Aufträge zu vermeiden helfen können, dessen rechtliche Bedeutung sich verstärkt hat, seitdem Forsthoff¹⁾ den "fiskalischen" Charakter des öffentlichen Auftrags- und Vergabewesens als sog. Hilfsgeschäfte der Verwaltung endgültig in Frage stellte. Nur ihre Nichtbeachtung erklärt, daß selbst die Anhänger der Zweistufentheorie nicht einig sind, ob diese stets auf die Vergabe öffentlicher Aufträge oder nur bei bevorzugter Berücksichtigung eines Bewerbers kraft öffentlichen Rechts Anwendung finde²⁾.

Daß eine aus öffentlichem und privatem Recht gemischte Lösung auch für die kommunale Auftragsverwaltung grundsätzlich abzulehnen ist, kann bei der weitgehenden Übertragbarkeit der für die Subventions- und Vorsorgeverwaltung geltenden Grundsätze auf die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht zweifelhaft sein. Diese Auffassung wird durch die spezifischen Gesichtspunkte der (gemeindlichen) Auftragsverwaltung noch unterstützt.

Wenn die Kommunen, wie es laufend geschieht, Aufträge an Private vergeben, handeln sie in aller Regel im grundsätzlich gesetzessfreien eigenen Aufgabenbereich³⁾. Nach unserer Abgrenzung der Verfügung vom Vertrag sind ihnen schon aus diesem Grunde die einheitlichen privatvertraglichen Rechtsformen zwingend vorgeschrieben. Hinzu kommt, daß das hier in Frage stehende Verwaltungsgeschehen sich noch weniger als die Gewährung öffentlicher Finanzhilfen an Private in zwei selbständige, dennoch voneinander innerlich abhängige Ablaufphasen auf-

1) Auftraggeber, insbes. S. 19 ff.

2) Für unbeschränkte Anwendung nur: Menger, wie S. 112 Fußn. 3; Bullinger, S. 102; wohl auch Jesch, DÖV 1961, S. 757.

3) Vgl. Haak, S. 104 f.; 134. Zu den wenigen Einschränkungen durch Gesetze bzw. Verwaltungsverordnungen des Bundes vgl. Möller, Subventionsverwaltung, S. 62 f., 94, 100 f.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 148.

gliedern läßt¹⁾. Während sich im Subventionsrecht - ungeachtet aller rechtsdogmatischen Bedenken - theoretisch noch eine privatvertragliche "Abwicklung" der "hoheitlichen Subventionsgewährung" konstruieren läßt, erscheint es ausgeschlossen, den Abschluß eines Auftrages, z.B. Werkvertrages, als "Vollzugsgeschäft" der "hoheitlichen Vergabeentscheidung" anzusehen²⁾.

Der öffentliche Auftrag steht wesentlich unabhängiger neben der Entscheidung, ein bestimmtes Bauvorhaben durchführen zu lassen; er folgt ihr nicht, wie es der Vorstellung der Zweistufenlehre entsprechen würde, als "untergeordneter Vollzugsakt" lediglich nach. Forsthoff³⁾ spricht davon, daß die Durchführung der Entscheidung, ein bestimmtes Bauvorhaben von einem bestimmten Unternehmer ausführen zu lassen, "in höherem Maß Verwaltung und nicht nur technischer Ablauf wie die zweite Stufe des Subventionsverfahrens" sei. Das rechtliche Gewicht verlagert sich hier so einseitig auf die Vereinbarungen im Rahmen des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts, daß es kaum verständlich wäre, wenn man (nur) die Auswahl des Bieters und die dazugehörigen Erwägungen des Auftraggebers aus diesem ausklammern wollte. Überdies würde es der Vergabepraxis der Gemeinden widersprechen, deren behördliche Vergabeentscheidung zugleich Annahmeerklärung auf das Vertragsangebot eines Unternehmers ist⁴⁾.

1) Darauf weisen Forsthoff, Auftraggeber, S. 22, Zuleeg, NJW 1962, S. 2233, OVG Berlin, Urte.v. 27.1.1961, NJW 1961, S. 2130 f. (2131), hin. Dagegen erklärt Haak, S. 34 f., dieses unrichtigerweise für unschädlich und will daher die "Grundgedanken" der Zweistufentheorie heranziehen.

2) Vgl. Haak, S. 34.

3) Auftraggeber, S. 22.

4) Vgl. Haak, S. 34; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 145 ff.; BVerwGE 14, S. 65 ff., vom 8.3.1962 = DVBl 1962, S. 563 ff. = NJW 1962, S. 1535 ff. = DÖV 1962, S. 626 ff.. Dabei tragen nach allgemeiner Auffassung die dem Vertragsschluß zugrunde liegenden Verdingungsordnungen (VOB) den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht von Rechts- (Fortsetzung s.S. 115)

Ergibt sich demnach, daß die Entscheidungen und Entschlie-
Bungen der Gemeinden über die Erteilung bürgerlichrechtli-
cher Aufträge nicht lediglich deshalb öffentlichrechtliche
Natur annehmen, weil die Hoheitsträger bei ihnen im Inter-
esse eines gesunden und geordneten Wettbewerbs auch eine
"gerechte" Verteilung anstreben sollten¹⁾, so kann eine an-
dere Beurteilung auch dann nicht geboten sein, wenn kraft
normativer Regelung²⁾ bestimmte Bewerber bevorzugt zu berück-
sichtigen sind.

Denn alle gesetzlichen Bestimmungen sagen über die Voraus-
setzungen, den Inhalt und das Ausmaß der zu gewährenden Be-
vorzugung nichts aus³⁾. Sie geben den privilegierten Unter-
nehmern nur einen Rechtsanspruch darauf, bei Auftragsvergabe
"in angemessenem Umfang" zur Angebotsabgabe aufgefordert zu
werden; einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Zuschlags ge-
währen sie nicht⁴⁾. Die Kommunalverwaltung konkretisiert da-

sätzen. Vgl. etwa Siebert, DÖV 1959, S. 736; Bullinger,
S. 108 f.; Zuleeg, NJW 1962, S. 2233; Haak, S. 18 ff.;
Möller, Subventionsverwaltung, S. 95 ff.; Bender, S. 179;
Rüfner, S. 389.

- 1) So BVerwGE 5, S. 325 ff. (328), v. 7.11.1957 = NJW 1958,
S. 394 ff. (395) = DVBl 1958, S. 864 ff. (865) = DÖV 1958,
S. 303 ff. (304).
- 2) Vgl. oben S.113 Fußn. 3; ferner Haak, S. 66/7.
- 3) S. Möller, Subventionsverwaltung, S. 100; ders., Wirt-
schaftsförderung, S. 148.
- 4) Vgl. Daub-Meierrose-Müller, S. 305; Zuleeg, NJW 1962, S.
2234; Möller, ebd., S. 94, 100, 151; ders., ebd., S. 148
f.; Janknecht, S. 106 f.; Bender, S. 180; a.A. Ipsen, Sub-
ventionierung, S. 71, und VVDStrL 25, S. 298, dessen Be-
gründung, daß die Hoheitsentscheidung bereits in der tat-
bestandlich umschriebenen gesetzlichen Privilegierung lie-
ge, eben nicht zutreffend ist. Dazu, daß der Subventions-
charakter auch von öffentlichen Vorzugsaufträgen erst in
deren besonders vorteilhaften Ausgestaltung liegt, vgl.
Götz, S. 22; Zacher, S. 330 f., insbes. mit Fußn. 100,
und die dortigen umfassenden Nachweise.

her nicht lediglich eine abstrakt vorgesehene gesetzliche Rechtsfolge; sie entscheidet vielmehr frei darüber, ob überhaupt und mit welchen Modalitäten ein Auftrag einem privilegierten Bewerber zugesprochen werden soll.

Nach unserer Unterscheidung der Verfügung vom Vertrag kommt daher auch hier wieder nur eine (privat-)vertragliche Gestaltung in Betracht. Für zwei Stufen bleibt kein Raum. Die Prüfung der sozialgestaltenden, fürsorgerechtlichen Vorschriften erfolgt im innerdienstlichen Bereich, gelangt nur gegebenenfalls als inhaltlicher Bestandteil der zivilrechtlichen Vergabeentscheidung nach außen¹⁾. Die Verfolgung unmittelbarer öffentlicher Verwaltungszwecke braucht sich eben, wie bereits herausgestellt²⁾, nicht in hoheitlichen Rechtsformen zu manifestieren.

IV. Ergebnisse

Die im dritten und vierten Kapitel gewonnenen Einsichten lassen sich so zusammenfassen: Zwar kann die Nichteingriffsverwaltung (in privatrechtlichen Rechtsformen) im modernen sozialen "Verteilerstaat" nicht mehr grundsätzlich von gesetzlichen Bindungen ausgenommen sein, ihre konsequente durchgängige Unterstellung unter den Gesetzesvorbehalt jedoch läßt sich rechtlich nicht begründen und liefe auch der verfassungs-

1) So Zuleeg, NJW 1962, S. 2233; Flessa, DÖV 1959, S. 106; Möller, Subventionsverwaltung, S. 152; Rübner, S. 352, 376; auch Schaumann, S. 111 Fußn. 18; BVerwGE 14, S. 65 ff. (70), v. 8.3.1962 = DVBl 1962, S. 563 ff. (565) = NJW 1962, S. 1535 ff. (1536) = DÖV 1962, S. 626 ff. (627); unrichtig Eppe, S. 117.

2) Vgl. oben S.100 mit Fußn. 4.

rechtlichen Garantie einer umfangreichen gesetzesfreien kommunalen Verwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG zuwider. Wünschenswert wäre aber auch im gemeindlichen Bereich eine behutsame Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts.

Die Zweistufenlehre ist für die gemeindliche Verwaltung (Subventions-, Vorsorge- und Auftragsverwaltung) abzulehnen. Rechtssystematisch verfehlt, ist sie vor allem mit dem herausgestellten Grundsatz unvereinbar, daß ein Hoheitsträger nur entweder hoheitlich oder rechtsgeschäftlich handeln kann. Darüber hinaus läßt sie sich mit der kommunalen Verwaltungswirklichkeit nicht in Einklang bringen.

Fünftes Kapitel

Die Grundrechtsgebundenheit der gemeindlichen Nichteingriffs- verwaltung in privatrechtlichen Rechtsformen

I. Das gemeindliche Verwaltungsprivatrecht¹⁾

Hat es sich als unzulässig erwiesen, die mit privatrechtlichen Mitteln geführte gemeindliche Verwaltung dadurch den Handlungsgrundsätzen der Hoheitsverwaltung zu unterwerfen, daß man sie generell an die Legalität bindet und (oder) die Grundentscheidung des Verwaltungsträgers als Verwaltungsakt ansieht, so steht doch allseits im Grundsatz fest, daß sie nicht lediglich den Regeln des Privatrechts überlassen werden darf²⁾. Uneins ist man nur darin, in welchem Umfang und auf welche Weise die öffentliche Hand den rechtsstaatlichen Schranken des öffentlichen Rechts, vorab den Grundrechten, zu unterstellen sei.

Bahnbrechend und richtungweisend war der Versuch Forsthoffs³⁾, mit dem Begriff der Daseinsvorsorge⁴⁾ diejenigen Leistungs-

-
- 1) Dazu, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung diesen Begriff bisher kaum verwendet hat, vgl. Haak, S. 98, mit Nachweisen. Vgl. auch Wertenbruch, S. 106.
 - 2) Anders noch die traditionelle Lehre, aufgeführt bei Bul-linger, S. 91 Fußn. 466; heute nur noch von Mangoldt-Klein, Vorbem. A II 4., S. 61, Art. 1 Anm. V. 3. b), S. 159 f.; Geiger, S. 27.
 - 3) Die Verwaltung als Leistungsträger; weiterschreitend: Rechtsfragen.
 - 4) Gegen diesen wenden sich etwa Fischerhof, DÖV 1957, S. 312 ff.; ders., DÖV 1960, S. 42 f.; Maunz, VerwArch 50 (1959), S. 315 ff., die die öffentlichen Versorgungsbetriebe unter Betonung ihrer Wirtschaftstätigkeit ausschließlich nach privatem Recht behandelt wissen wollen, und darüber (Fortsetzung s.S. 119)

verhältnisse zwischen Staat und Bürger zu umschreiben, die - unabhängig von ihrer rechtsförmlichen Ausgestaltung im Einzelfall - öffentlichrechtlichen Bindungen unterliegen. Daseinsvorsorge nennt er alle Leistungen der öffentlichen Hand, die die Bedürfnisse des einzelnen befriedigen sollen, gleichgültig, ob sie lebensnotwendig sind oder nicht¹⁾. Diesen Bereich stellt Forsthoff²⁾ als materiell öffentliche Verwaltung der erwerbswirtschaftlich fiskalischen Betätigung der Hoheitsträger gegenüber, die im eigentlichen Sinne keine Verwaltung, daher nur unter privatrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen sei.

In der Folge prägte H.J. Wolff³⁾ - gleichfalls unter Abstellen auf Ziel und Zweck des Verwaltungshandelns - den Begriff des Verwaltungsprivatrechts, das nach ihm gilt, wenn "ein Träger öffentlicher Verwaltung Privatrechtsverhältnisse auf Grund hoheitlicher Entscheidungen in Rechtssatz oder Verwaltungsakt oder auf Grund Bereitstellung von Mitteln für besondere öffentliche Zwecke im Haushaltsplan" eingehe, "um in privatrechtlichen Formen nicht erwerbswirtschaftlich tätig zu werden, sondern unmittelbare öffentliche Verwaltungs-(Leistungs- und Lenkungs-) Zwecke zu verfolgen". Dann seien die Verwaltungsträger "nicht im Vollgenuß der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie", sondern unterlägen "etlichen öffentlichrechtlichen Bindungen"⁴⁾.

hinaus seinen juristischen Abgrenzungswert bestreiten. Zweifel daran haben z.B. auch Giacometti, S. 46 Fußn. 32; Siedentopf, S. 52 f.; ferner Rübner, S. 140, der zu Recht vor vorschnellen konkreten Folgerungen aus dem Begriff warnt.

- 1) Rechtsfragen, S. 12 f. - Vgl. allerdings auch den weiteren Begriff, den Forsthoff noch in seinem Lehrbuch, S. 342 ff., vertritt, der - da unverändert geblieben - hier als älterer betrachtet wird.
- 2) Lehrbuch, ebd.; ähnlich Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 583, 585; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 187 f.; Reuß, S. 265; Beinhardt, S. 240 Fußn. 277.
- 3) I, § 23 II b), S. 107 f. - Vgl. auch Schaumann, S. 105 ff; Wertenbruch, S. 110 ff.; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 136; BGHZ 29, S. 76 ff., Urt.v. 10.12.1958 = JZ 1959, S. 405 ff.; 36, S. 91 ff., Urt.v. 26.10.1961 = DVBl 1962, S. 298 ff..
- 4) Wolff denkt dabei an die "Daseinsvorsorge zur Verkehrs-, Wasser-, Gas- und Stromversorgung, als auch die Wirtschaftslenkung durch Subventionen, Bürgschaften, Wohnungsdarlehen u.ä."

Ähnlich hatte zuvor schon Siebert¹⁾ - allerdings vom privaten Recht ausgehend - zwischen der "fiskalischen Betätigung der Träger öffentlicher Verwaltung", für die grundsätzlich reines Privatrecht gelte, und der "Verwendung von privatem Recht als Mittel öffentlicher Verwaltung", in dem das öffentliche Interesse eine modifizierende Wirkung äußere, unterschieden.

II. Die Argumente für eine öffentlichrechtliche Gebundenheit der gesamten kommunalen Verwaltung

Dieser zunächst fast unbestrittenen²⁾ Trennung staatlichen Handelns in die Bereiche der sog. Privatverwaltung und der sog. privatrechtlichen Hilfsgeschäfte und reinen Erwerbstätigkeit traten mit eingehenden Begründungen vor allem Mallmann³⁾ und Zeidler⁴⁾ entgegen. Weitere Autoren⁵⁾ folgten ihnen nach, ohne jedoch diesen auch praktisch wichtigen Fragenkreis einer abschließenden Klärung zuführen zu können.

1) Festschr. für Niedermeyer, S. 221 f., 240; ders., DÖV 1959, S. 736 - Entgegen der üblichen Bezeichnung jeglichen privatrechtlichen Verwaltungshandelns als "fiskalisch" will Siebert diesen Begriff ausschließlich der Erwerbswirtschaft und den sog. Hilfsgeschäften vorbehalten. Für seine engere Begriffsbestimmung auch Reuß, S. 263.

2) Vgl. außer den bereits Genannten etwa Ipsen, Subventionierung, S. 19 f.; ders. auch schon Gleichheit, S. 144; Dürig, Festschr. für Nawiasky, S. 184 ff.; Budde-Hupfauer, S. 18 ff.; Imboden, S. 63 f.; Koenigs, S. 342 ff.; Hauseisen, S. 837 f.; Siedentopf, S. 74 ff., 99 ff. - A.A. dagegen Bachof, VVDStrL 12, S. 63; ders., DÖV 1953, S. 423; Böckenförde, S. 11; Löw, S. 879 ff.; Torz, S. 207; Haas, S. 304; wohl auch Evers, NJW 1960, S. 2075 f.; Giacometti, S. 114 Fußn. 18; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 98 f.; ferner naturgemäß die Anhänger der sog. Drittwirkungslehre, aufgeführt bei Bullinger, S. 99 Fußn. 509 ff.

3) S. 165 ff., insbes. 194 ff.

4) VVDStrL 19, S. 208 ff., bes. 212 ff.; ders., DVBl. 1962, S.

5) Leisner, S. 198 ff., bes. 199 Fußn. 2, S. 200, 207³⁰¹ ff. mit Fußn. 27; ders., Öffentlichkeitsarbeit, S. 46 f.; Frentzel, S. 6 f.; Stern, JZ 1962, S. 181 f.; ders., DÖV (Fortsetzung s.S. 121)

Gegenwärtig ist noch alles in Fluß.

Speziell für die gemeindliche Verwaltung vertritt Möller¹⁾ die Auffassung, daß sie bei allen ihren privatrechtlichen Rechtsgeschäften an die Grundrechte gebunden sei, da die Abgrenzung der unmittelbaren von den nur mittelbaren Verwaltungszwecken an sich schon problematisch sei und auch zu kaum brauchbaren und festen Kriterien führe. Dieser Auffassung ist zuzustimmen und zwar aus folgenden Gründen:

1. Sachliche Folgerungen aus der Identität von Staat und Fiskus

Theorie und Praxis gehen heute allgemein von der Identität des Staates und des Fiskus aus, nachdem sich schon die Vorstellung von einem historischen Fiskus als selbständigem Rechtsschutzgaranten an Stelle des vermeintlich unverklagbaren hoheitlichen Staates als irrig erwiesen hat²⁾. Ist aber der Fiskus eben der in privaten Rechtsformen handelnde Staat, so folgt daraus, daß er sich auf die Privatautonomie als das Recht zu beliebigem Verhalten innerhalb der allgemein geltenden Rechtsschranken nicht berufen kann³⁾. Daß der

1961, S. 328; Haak, S. 69 f., 77, 95 ff., 102 (ausdrücklich nur für die Bedarfsverwaltung); Bogs, S. 1269; Rüfner, S. 141, 393 ff.

- 1) Wirtschaftsförderung, S. 121 Fußn. 166, S. 171 ff., 177.
- 2) Zeidler, VVDStrL 19, S. 221 ff.; Bullinger, S. 201 ff.; Rüfner, Wolfgang, Verwaltungsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, Bonn 1962; Forsthoff, Auftraggeber, S. 11f.
- 3) S. etwa Stern, DÖV 1961, S. 328; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 59 f.; Zeidler, ebd., S. 217 ff., 223 f., 229, 234; Wertenbruch, S. 106 ff.; Forsthoff, ebd., S. 9, 16; Mallmann, S. 196 ff., 202; Rüfner, S. 369, 387 f., 397, 401; vgl. auf der anderen Seite Geiger, S. 26 f.; Beinhardt, S. 239; Reuß, S. 270; H.J. Wolff I, § 23 II. a) 1. &), S. 105; OVG Lünebg., Urt.v. 27.6.1963, DVBl 1964, S. 365 f. (366), die zumindest mißverständlich von Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit sprechen.

Staat auch bei Teilnahme am bürgerlichen Rechtsverkehr nicht so frei sein kann wie seine Kontrahenten, vielmehr, an seine eigenen Grundsätze gebunden, stets mehr als der Private öffentlichem Wohl verpflichtet ist¹⁾, wird indes auch nicht bestritten. Ebensowenig wird die These Forsthoffs²⁾ angezweifelt, daß "für das Handeln des Staates überhaupt kein anderes leitendes Interesse denkbar" sei "als das öffentliche". Staatliches Handeln ist wesentlich Verwaltungshandeln, gleichgültig, in welchen Rechtsformen und mit welchen Zielen es geschieht.

Wirtschaften und Verwalten sind daher keine Gegensätze³⁾, an die man die Geltung der Verfassungsschranken, insbesondere der Grundrechte, knüpfen könnte. Wohl aber mag das Vorherr-

-
- 1) Vgl. z.B. Rübner, S. 141, 145, 395; Krüger, DVBl 1955, S. 384; Mallmann, S. 197; Koenigs, S. 345; Bogs, S. 1269; Ipsen, VVDStrL 25, S. 289; widersprüchlich, jedoch im Grundsatz übereinstimmend Reuß, S. 270; H.J. Wolff I, § 23 II., S. 104 f.; wohl auch Forsthoff, Auftraggeber, S. 12.
 - 2) Lehrbuch, S. 108; zustimmend etwa Leisner, S. 203, mit Nachweisen; Giacometti, S. 110; Zeidler, VVDStrL 19, S. 229, 231; Wertenbruch, S. 106; Rübner, S. 387 f., 389, 397; einschränkend Schaumann, S. 110.
 - 3) Die immer wiederkehrenden Argumente lauten kurz gefaßt im wesentlichen dahin, daß Einheitslösungen auszuschneiden hätten, da jede Obliegenheit zur Verwaltungsaufgabe werde, wenn der Staat sie übernehme. Gewinnstreben und öffentliche Interessenverfolgung schlossen sich nicht aus. Alle öffentliche Verwaltung geschehe im Auftrag und mit Mitteln der Allgemeinheit, müsse schon von daher die Wertordnung des Grundgesetzes beachten. Erwerbswirtschaftliche Motive seien kaum je primärer Zweck staatlicher Tätigkeit gewesen; sie könnten darüber hinaus jederzeit von veraltungspolitischen Erwägungen in den zweiten Rang verwiesen werden. Vgl. dazu aus der großen Zahl der Autoren beispielhaft Giacometti, S. 114 Fußn. 18; Leisner, S. 204 mit Fußn. 19; Mallmann, S. 197; Krüger, VVDStrL 19, S. 260 f.; Bachof, ebd., S. 261/2; ders., VVDStrL 12, S. 61; Haas, S. 305; Frentzel, S. 5; Torz, S. 206 f.; Brenner, S. 727; Wilhelm, S. 79; Rübner, S. 140 ff., 148, 178 ff., 366, 398, 407; im Ergebnis wohl auch Badura, Verwaltungsmonopol, S. 246 f., 248 mit Fußn. 33; ders., DÖV 1966, S. 626; Zeidler, VVDStrL 19, S. 209 mit Fußn. 3, S. 212; aber auch S. 218/9 mit Fußn. 42; a.A. Reuß, S. 258; Sailer, S. 295.

schen des erwerbswirtschaftlichen oder "materiell" öffentlichen Verwaltungs-Motivs im Einzelfall einen unterschiedlichen Stärkegrad der Bindungen rechtfertigen können¹⁾. Tritt der Staat dem Bürger demnach bei allen rechtsgeschäftlichen Beziehungen stets in Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben gegenüber, muß er auch einheitlich als "vollziehende Gewalt" im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG verstanden und "ungeteilt" den Grundrechtsschranken unterworfen werden.

2. Die Konsequenz zeitgemäßer Verfassungsinterpretation

Dieses aus dem Wesen des Staates folgende Argument, das durch eine zeitgemäße Verfassungsinterpretation des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG²⁾ noch unterstützt wird, kann nicht mit

-
- 1) So insbes. Zeidler, VVDStrL 19, S. 219, 278 f.; auch Mallmann, S. 202 f., 204 Fußn. 154; Thieme, VVDStrL 19, S. 254 ff.; Schaumann, S. 114; Haak, S. 103; Bogs, S. 1270 - Für eine Bindung auch an die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts H.J. Wolff I, § 23 II. b), S. 107; Mallmann, S. 173, 204; Schaumann, ebd.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 248/9, 277; ders., JuS 1966, S. 20; Forsthoff, Auftraggeber, S. 21/2; Rübner, S. 365, 388 ff. u.a.m.; dagegen Zeidler, ebd., S. 230, jedoch ohne Begründung.
- 2) Vgl. dazu Zeidler, ebd., S. 225 ff.; Bender, S. 181; Haak, S. 108 ff.; Siedentopf, S. 97 ff.; Bogs, S. 1269; Merk, VVDStrL 19, S. 265; zweifelnd auch Dürig, JZ 1953, S. 199, der aber unter - später in: Festschr. für Nawiasky, S. 187, selbst als "allzu formalistisch" bezeichnetem - Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG dann doch zu einer anderen Auffassung gelangt; s. ferner die ablehnenden Ausführungen von Sailer, S. 295, "jedenfalls für die Grundrechtserstreckung bis in den (angeblich) auch nicht mehr materiell zur öffentlichen Verwaltung gehörenden Bereich des privatrechtlichen Tätigwerdens hinein"; sowie von Leisner, S. 206, der von einer Interpretation spricht, "welche aus dem Wort die Bedeutungswandlung herausholt, welche vorher hineingelegt wurde". Vgl. dazu aber mit beachtlichen Argumenten Haak, S. 111 ff.

einem Hinweis auf den angeblich eindeutigen Gehalt der Wendung "vollziehende" Gewalt erschüttert werden¹⁾. Dem steht schon im Wege, daß sie erst durch Grundgesetzänderung im Jahre 1956 an die Stelle der bisher verwandten Bezeichnung "Verwaltung" trat, lediglich, um auch die Streitkräfte zu erfassen²⁾. Mag es dennoch richtig sein, daß durch die nachfolgenden Grundrechte primär die Macht des hoheitlich handelnden Staates beschnitten werden sollte³⁾, so verlangt der weitgehende Wandel seiner Tätigkeiten und Tätigkeitsformen eine zeitgemäßere, sachgerechtere Auslegung des Grundrechtsteils der Verfassung⁴⁾.

Daß die moderne Verwaltung dazu neigt, sich vorzugsweise auf der Ebene des bürgerlichen Rechts zu bewegen, statt hoheitlich zu handeln⁵⁾, z.B. vor einer Enteignung erst den freihändigen Ankauf eines benötigten Grundstücks zu versuchen⁶⁾,

-
- 1) So aber Forsthoff, Auftraggeber, S. 13 f., 15; H.J. Wolff I, § 23 II. a) 1. d), S. 105, der jedoch seiner unzutreffenden Begründung, die fiskalische Verwaltung übe nicht "vollziehende Gewalt" i.S. des Art. 1 Abs. 3 GG aus, "weil sie nicht als Träger hoheitlicher Aufgaben und nicht unter Einsatz hoheitlicher Mittel" auftrete, unter II. b) 1. teilweise selbst widerspricht, da dort die Form des Tätigwerdens für die Anwendung des Art. 1 Abs. 3 GG gerade nicht mehr entscheidend sein soll. Vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 19; Sailer, S. 295; wie hier dagegen Haak, S. 108 f.; Bogs, S. 1269; Löw, S. 880; Bachof, VVDStrL 12, S. 61, 63; wohl auch Wertenbruch, S. 109.
 - 2) So Siedentopf, S. 99; s. auch Haak, S. 109.
 - 3) So Forsthoff, Auftraggeber, S. 13 f.; Bachof, Grundrechte, S. 172 ff.; Brenner, S. 728; Bogs, S. 1269 - Vgl. aber auch Haak, S. 115 f., dazu, daß sich in den - allerdings nur unzureichend vorliegenden - Materialien kein Hinweis darauf finde, daß von einer "Privatautonomie und Grundrechtsfreiheit der sog. fiskalischen Verwaltung ausgegangen" worden sei.
 - 4) Vgl. Löw, S. 880; Haak, S. 112, 114; Bogs, S. 1269; Wilhelm, S. 79; auch Friauf, S. 737, für die staatliche Lenkungsverwaltung.
 - 5) Vgl. Haak, S. 101 f.; Bogs, ebd.; Zeidler, VVDStrL 19, S. 224 Fußn. 68.
 - 6) Beispiel von Mallmann, S. 196; Haas, S. 304.

kann nicht verschiedenartige Rechtsbindungen zur Folge haben. Führen die Gemeinden eine Subventionierung, die Lieferung von Strom und Gas u.a. etwa nicht "in den einvernehmlichen Formen des Rechtshandelns" durch, die "ex definitione zum Wesen der fiskalischen Betätigung" gehören¹⁾? Zeigen nicht die Meinungsverschiedenheiten über die Anwendbarkeit der (hier generell abgelehnten) Zweistufentheorie auf die öffentliche Auftragsvergabe, deren Einordnung in den sog. fiskalischen Bereich erst neuerdings wachsenden Zweifeln unterliegt²⁾, daß die "Gewaltausübung" keiner staatlichen Betätigung spezifisch zugeordnet, daher auch keiner grundsätzlich versagt ist³⁾?

Auch hängt das Funktionieren des Grundrechtsteils unserer Verfassung nicht davon ab, daß man die angeblich "wirklich fiskalischen" Staatshandlungen den verwaltungsprivatrechtlichen gegenüberstellt⁴⁾. Im Gegenteil, der Beweis, daß der Staat bei bestimmten Tätigkeiten in zivilrechtlichen Gestaltungsformen die allgemeinen Grundrechtsschranken nicht beachten müsse, wurde nie geführt, er würde einem der Grundgedanken unserer Verfassungsordnung, den Bürger vor der Staatsgewalt zu schützen, widersprechen⁵⁾. Daran ändert nichts, daß sich das Interesse und die Schutzbedürftigkeit des einzelnen weitgehend von der Abwehr hoheitlicher Eingriffe auf

-
- 1) Dieses zu Forsthoff, Auftraggeber, S. 14 - Unter diesem Aspekt erscheint seine Entgegensetzung von fiskalischer Betätigung und Gewaltausübung, ebd., nicht stichhaltig.
 - 2) Vgl. oben S.112 ff. bzw. unten S.131 ff..
 - 3) Vgl. auch Leisner, S. 199; a.A. aber Forsthoff, Auftraggeber, S. 14.
 - 4) Vgl. auch Bogs, S. 1269; a.A. wiederum Forsthoff, ebd..
 - 5) So mit Nachdruck Haak, S. 86 ff., 88/9, 100, insbes. 108; vgl. auch Zeidler, VVDStrL 19, S. 220/1; Löw, S. 880.

die Teilhabe an nichthoheitlich gewährten Leistungen verlagert haben¹⁾.

Aus all dem folgt als zwingendes Gebot, nicht länger mehr den alten, als dogmatisch und praktisch unhaltbar erkannten Fiskus-Vorstellungen anzuhängen, vielmehr den Fiskusbegriff von Grund auf neu zu fassen. Das kann nicht bedeuten, daß dem Fiskus als fingiertem Teil des Staates gänzlich abgeschworen werden soll. Insoweit, aber auch nur insoweit, widersetzt sich Forsthoff²⁾ zu Recht der "Preisgabe herkömmlicher und einleuchtender Begriffe". Seine Behauptung aber, der Fiskus könne, da durch die Grundrechts geschützt, nicht zugleich an sie gebunden sein, verkehrt die herrschende Auffassung in der Rechtslehre³⁾ gerade in ihr Gegenteil. Darüber hinaus verneinen selbst die Befürworter einer grundsätzlichen Grundrechtsberechtigung der öffentlichen Hand diese im sog. verwaltungsprivatrechtlichen Bereich, da sie hier "nicht einmal als Fiskus" tätig werde⁴⁾.

Diese Feststellung gilt es nach dem Dargelegten dahin zu erweitern, daß der Staat bei jeglichem Verwaltungshandeln in privatrechtlichen Formen nicht mehr als Fiskus bezeichnet

1) S. unten S.136 mit Fußn. 1; ferner Haak, S. 13, 79, 104; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 9.

2) Auftraggeber, S. 14; a.A. Haak, S. 89, 100 f.; wohl auch Haas, S. 304, die die Fiskuslehre einschließlich ihrer Terminologie ganz aufgeben wollen.

3) Nipperdey, Gewerbefreiheit, S. 594; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73; Giacometti, S. 111; Zeidler, VVDStrL 19, S. 229 Fußn. 91; Wertenbruch, S. 110; Brenner, S. 728; Frentzel, S. 14 f.; Baptist, S. 53 f.; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 42 ff.; auch 6 f.; Reuß, S. 266/7; Linde, S. 84; Wilhelm, S. 80; Bogs, S. 1272; H.J. Wolff I, § 23 II. a) 2. d), S. 106; a.A. von Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. VI., S. 566 ff.; Fuß, S. 740/1.

4) Vgl. zur Formulierung Wertenbruch, S. 110.

wird. Der Inhalt der Begriffe fiskalische Verwaltung und Verwaltungsprivatrecht ist unter einheitlicher Benennung als Verwaltung in privatrechtlichen Formen zusammenzufassen¹⁾. Fiskus ist der Staat lediglich in all den Rechtsbeziehungen, in denen er wie jeder Bürger auch dasteht. Das ist, um bei Forsthoff²⁾ zu bleiben, der Fall, wenn in eines seiner Grundstücke vollstreckt wird, oder wenn der Bund Dienstbauten auf Landesterritorium errichtet. Hier genießt der Staat als Fiskus, wenn nicht Grundrechtsschutz, so doch die Garantie seines Privateigentums³⁾. Sobald er aber aktiv auf sein Eigentum einwirkt, z.B. es veräußert oder mit oftmals großem finanziellen Aufwand neues Eigentum erstellen läßt, kurz, wenn er dem einzelnen verwaltend gegenübertritt, ist er "vollziehende Gewalt" mit allen Konsequenzen, die diese Eigenschaft zur Folge hat.

Halten wir fest: Der Staat ist Fiskus, nicht, wenn er angeblich nicht primär unmittelbare "echte" Verwaltungsmotive verfolgt - diese verfolgt er mit jedem Handeln -, sondern wenn seine Rechtsposition wesensmäßig die eines Bürgers ist.

1) Vgl. die Termini bei Haak, S. 79 f.

2) Auftraggeber, S. 14 f.

3) Insoweit ist Forsthoff, ebd., S. 14, zuzustimmen. Brenner, S. 728 Fußn. 14, und Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 44, halten etwa die Frage nach der Bestandskraft des Finanzvermögens einer konkreten Gemeinde für eine Frage der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG.

3. Das Versagen des Zweckkriteriums zur Abgrenzung eines verwaltungsprivatrechtlichen Bereichs

Diese Auffassung entspricht den unüberwindbar erscheinenden Schwierigkeiten, rechtstheoretisch sowie praktisch einen Bereich öffentlichrechtlichen Handlungsgrundsätzen unterworfenen "Privatverwaltung"¹⁾ zu bestimmen. Das schon dogmatisch mehr als zweifelhafte Zweckkriterium ist dazu nicht in der Lage²⁾. Vor allem aber würde es der öffentlichen Hand erlauben, nach ihrem Willen sich den Grundrechtsschranken zu entziehen, denn, ob sie öffentliche Aufgaben unmittelbar oder nur mittelbar erfüllt, läßt sich in manchem Einzelfall objektiv nur schwer entscheiden³⁾. Möller⁴⁾ spricht von einer "nahezu totalen Politisierung" der gemeindlichen Verwaltungstätigkeit, durch die "die juristischen Unterscheidungen nach öffentlichen oder nach fiskalischen Verwendungszwecken" ihre "praktische Bedeutung weitgehend verloren" hätten. Verkäufe, verpachte, vermiete oder kaufe die Gemeinde ein Grundstück, so stünden hinter solchen "fiskalisch-geschäftlichen" Rechtshandlungen meist auch Überlegungen öffentlichen Interesses. Selbst die Anlegung gemeindlicher Gelder und der Kauf von Büromaterial, "um nur diese simpelsten aller fiskalischen Geschäfte zu nennen", seien "heute kaum noch frei von mit-

1) Ausdruck von Leisner, S. 202/3; dort und S. 205 auch die gleichen Zweifel, die Haak, S. 96, teilt.

2) So auch Leisner, S. 203; Heusser, S. 84; Mallmann, S. 202; Zeidler, VVDStrL 19, S. 237; auch S. 279; Bogs, S. 1270; auch Möller, Subventionsverwaltung, S. 138 f.. Bedenken haben auch Bachof, VVDStrL 12, S. 56 Fußn. 37; Schaumann, S. 110/1; Menger, VerwArch 53 (1962), S. 279/80; Janknecht, S. 57; Reuß, S. 258; selbst Bullinger, S. 101.

3) Darauf weisen Leisner, S. 203 f., Möller, Wirtschaftsförderung, S. 173, Huber, S. 54 auch Zeidler, ebd., S. 232 f., hin.

4) Ebd., S. 171, 177.

schwingenden öffentlichen Interessen der Gemeinde gegenüber der Wirtschaft" ¹⁾).

Kann eine Gemeinde mit der Begründung, nach Fertigstellung der neuen Stadthalle habe der alte Hallenbau seine primäre öffentliche Funktion verloren, diesen nunmehr unter erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten frei von Verfassungsschranken weiterführen? Wie ist zu entscheiden, wenn die kommunale Verwaltung ein sich schließlich als unrentabel herausstellendes wirtschaftliches Unternehmen in eigene Regie übernimmt, nur um zur Abwendung von Arbeitslosigkeit den dort Beschäftigten die Arbeitsplätze zu erhalten ²⁾? Verfolgt sie unmittelbar und primär einen konkreten öffentlichen Zweck nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem das wieder gesundete Unternehmen nicht mehr als Zuschußbetrieb, sondern mit dem Bestreben der "Gewinnmaximierung" ³⁾ geführt wird? Soll sie tatsächlich zunächst den öffentlichrechtlichen Bindungen unterworfen, dann aber von ihnen befreit sein? Was ist, wenn die Ertragslage des Betriebes sehr schwankend bleibt?

Oder aber muß die Gemeinde das Unternehmen im Interesse ge-

-
- 1) Vgl. Subventionsverwaltung, S. 138; Wirtschaftsförderung, S. 172. Auch Leisner, S. 195, vgl. auch S. 199, deutet auf den interventionistischen Charakter selbst des einfachen Bedarfsdeckungskaufes hin.
 - 2) Vgl. auch Schaumann, S. 110; Bullinger, S. 98; Torz, S. 205 f.; Bogs, S. 1270; letztere mit ähnlichen Beispielen. - Zu den engen Zulässigkeitsvoraussetzungen kommunaler Eingriffe in den privaten Wirtschaftsablauf s. oben S. 40 mit Fußn. 3 und unten S. 158 mit Fußn. 2 ff.; ferner Möller, Subventionsverwaltung, S. 91 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 145; Köttgen, Spielraum, S. 41.
 - 3) S. H.J. Wolff, Arch.Komm.Wiss., S. 151; vgl. dazu auch Zeidler, VVDStrL 19, S. 232; Haas, S. 305; Bayer, S. 41. - Haas, ebd., bemerkt zu Recht, daß das Gewinnstreben jederzeit (wieder) von anderen Zwecken in den zweiten Rang verwiesen werden könne.

rade ihrer Vertragspartner betreiben, damit von unmittelbarer öffentlicher Aufgabenerfüllung gesprochen werden kann? Träfe das zu¹⁾, so ließe sich jedoch selbst die als Prototyp privatrechtlichen Verwaltungshandelns genannte Subventionsvergabe in manchen Fällen mit nicht geringerer Berechtigung in den sog. Fiskalbereich einordnen²⁾. Wenn eine Gemeinde ein notleidendes Industrieunternehmen unterstützt, so liegen dem im Gegensatz zum Beispielsfall der Übernahme eines unrentablen Wirtschaftsbetriebes in aller Regel ausschließlich finanzpolitische Erwägungen zugrunde. Es soll durch die Erhaltung des kommunalen Steueraufkommens nur mittelbar unbestimmten Verwaltungszwecken gedient, nicht aber dem Eigentümer eine Gunst erwiesen werden. Nur ausnahmsweise, etwa beim Fehlen von Arbeitsplätzen am Ort, wird daneben auch unmittelbar die Begünstigung der Arbeitnehmer, seltener noch des Unternehmers angestrebt³⁾.

Wie man sieht, ist hier eine Vielzahl von Fragen in Verbindung mit der Abgrenzung eines verwaltungsprivatrechtlichen kommunalen Bereichs gegeben. Bedenkt man schließlich, daß jedes sog. privatrechtliche Hilfsgeschäft - selbst die Ver-

1) So in der Tat Haak, S. 70; Siedentopf, S. 99 Fußn. 36; Sailer, S. 294; Bender, S. 179; Wilhelm, S. 79; RUFNER, S. 398/9 mit Fußn. 233, S. 400; ferner BGHZ 36, S. 91 ff. (96), Urt.v. 26.10.1961 = DVBl 1962, S. 298 ff. (300) = JZ 1962, S. 176 ff. (178); und die oben S.112 Fußn. 3 zur Auftragsvergabe angeführten Entscheidungen. - A.A. aber Zeidler, ebd., S. 238, und DVBl 1962, S. 302, der zu Recht darauf verweist, daß bei Abstellen auf eine unmittelbare öffentliche Aufgabenerfüllung gerade gegenüber dem Partner des Rechtsgeschäfts z.B. die Kreditvergabe häufig von der Grundrechtsbindung ausgenommen wäre.

2) Vgl. Zeidler, ebd.; RUFNER, S. 398 f.

3) Vgl. nochmals RUFNER, S. 399, 408/9; auch KÖTTGEN, Spielraum, S. 41.

gabe von Aufträgen auf Büromaterialien, der Kohlenkauf der Stadtverwaltung, der Holzverkauf durch die Forstverwaltung - nach dem Willen der Kommunen dazu benutzt werden kann, den Markt in interventionistischer Weise zu beeinflussen¹⁾, wird die Freistellung des Fiskus von den öffentlichrechtlichen Bindungen vollends problematisch. Eine Rechtsordnung, die die gemeindliche Verwaltung beim erwähnten "freihändigen" Ankauf eines etwa für den Straßenbau benötigten Grundstücks grundrechtsfrei stellte, da sie nach gängiger Terminologie lediglich ein privatrechtliches Hilfsgeschäft²⁾ abschließt, wäre dem Bürger unverständlich.

4. Die Zweifel an der Qualifizierung der kommunalen Vergabe- und Beschaffungstätigkeit als Hilfsgeschäft der Verwaltung

Diese Überlegung führt zur kommunalen Auftragsvergabe- und Beschaffungstätigkeit, die wegen ihrer paradigmatischen rechtlichen und praktischen Bedeutung ein wenig ausführlicher behandelt werden soll. Wurde das staatliche Auftrags- und Vergabewesen, wie angedeutet, vor ganz kurzer Zeit noch fast einhellig als Hilfsgeschäft der Verwaltung betrachtet, so ist seine Einordnung in den fiskalischen Bereich heute zunehmenden Zweifeln³⁾ ausgesetzt, wenn sie auch immer noch

1) Haak, S. 118 mit Fußn. 3; Neumann, S. 29; auch Leisner, S. 195, 199; Frentzel, S. 5 ff.; Zeidler, DVBl 1962, S. 302; Reuß, S. 258; Rübner, S. 398 f.

2) Vgl. oben S.113 mit Fußn.1.

3) Vgl. Forsthoff, Auftraggeber; Bachof, VVDStrL 12, S. 55 Fußn. 37; Böckenförde, S. 11; Löw, S. 879 f.; Blaum, S. 666; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 99; Zeidler, VVDStrL 19, S. 230, 235 ff., 237 f.; ders., DVBl 1962, S. 302; Bender, S. 180 f.; Haak, S. 69 f.; Bogs, S. 1269, 1271; Ipsen, VVDStrL 25, S. 287, der jetzt von "eminenter öffentlicher Verwaltung" spricht. Angemerkt sei noch die treffende Bemerkung Forsthoffs, ebd., S. 7, daß die Bezeichnung "Hilfsgeschäft der Verwaltung" besser als alles andere sinnfällig mache, welche Bedeutung man dieser Verwaltungstätigkeit bisher beigemessen habe.

als herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung¹⁾ bezeichnet werden muß. Man hält ihr nicht ohne Berechtigung entgegen, daß mit der gewaltig wachsenden "Technisierung der Verwaltung die "Verwaltungsmittel und ihre Beschaffung" immer mehr "zum Gegenstand der Verwaltung selbst" würden. "In diesem Maße verliere auch die Qualifikation als fiskalisch offensichtlich jeden vernünftigen Sinn"²⁾.

So zutreffend diese Feststellung im Ergebnis sein mag, daß früher in erster Linie eine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit gewesen sei, was heute eine der wesentlichen Verwaltungsobliegenheiten ist³⁾, vermag sie nicht zu begründen. Die Erstellung und Beschaffung öffentlicher Sachen (wie Straßen, Bahnlinien, Bauten aller Art) warfen vor hundert Jahren nicht weniger technische, soziale, verkehrspolitische und sonstige Probleme auf, waren nicht vorrangiger eine Sache der Staatsfinanzen als heute die umfängliche und hochdifferenzierte Planung. Veränderung der Proportionen heißt nicht Veränderung der Funktionen. Es ist eben in der Tat so, daß

-
- 1) So Truninger, S. 71 ff.; Siebert, Festschr. für Niemeyer, S. 220; Wertenbruch, S. 108; Daub-Meierrose-Müller, S. 39; Imboden, S. 54; Beinhardt, S. 239, 242; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 135; Linde, S. 85; H.J. Wolff I, § 23 II. a), S. 105; BGHZ 36, S. 91 ff. (95 f.), Urt.v. 26.10.1961 = DVBl 1962, S. 298 ff. (300) = JZ 1962, S. 176 ff. (178); OVG Saarl., Urt.v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708 ff. (709); sowie die oben S.112 Fußn. 3 angegebenen Entscheidungen.
- 2) So Forsthoff, Auftraggeber, S. 21, ferner S. 7, 20, 30, 31, der aber weiterhin zwischen Finanz- und Verwaltungsvermögen unterscheiden will. Diese Differenzierung trifft auch Wertenbruch, S. 108 f.. Vgl. dazu Bogs, S. 1270, 1271. S. ferner Leisner, S. 198, 199 Fußn. 2, zum Anwachsen der fiskalischen Staatstätigkeit von der engsten Bedarfsdekung zur Zeit Jellineks auf den heutigen gewaltigen Umfang; zu den tatsächlichen Verhältnissen auch Haak, S. 3 f., 10 f., 16 f., auch 100, 102.
- 3) So Forsthoff, Auftraggeber, S. 21.

die Bestimmung der Rechtsqualität öffentlichen Handelns in privatrechtlicher Form erst versucht wurde, nachdem es sich in mannigfacher Gestalt entwickelt hatte¹⁾. Daraus rühren auch die Schwierigkeiten, der vielgestaltigen, dazu noch schwankenden Realität juristisch gerecht zu werden. Was im eigentlichen Sinne not täte, wäre nicht die Korrektur der Qualifizierung einzelner unterschiedlicher Tatbestände als fiskalische oder verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeiten, vielmehr das konsequente Eingeständnis, daß eine Verfassungsbindung nach unmittelbarer oder nur mittelbarer öffentlicher Zweckverfolgung grundsätzlich angreifbar ist²⁾.

Erschien es wirklich jemals logisch zwingend, die Erstellung einer Straße bis zu ihrer Widmung für den öffentlichen Verkehr als nur mittelbar öffentlichen Zwecken dienendes fiskalisch-erwerbswirtschaftliches Hilfsgeschäft zu betrachten, hernach jedoch die Widmung und fortlaufende Unterhaltung als unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllendes Verwaltungshandeln³⁾? Wird so nicht ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten? Gerade Forsthoffs⁴⁾ Beispiele der Beschaffung der büromäßigen Ausstattung einer Behörde und der Indienststellung elektronischer Rechen- und Datenverarbeitungsmaschinen machen deutlich, wie problematisch wegen der gleitenden Übergänge der primär finanziellen und verwaltungsmäßigen Erwägungen jeder Versuch ist, an sie unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen. Im Grunde bestehen selbst

1) Das hebt zutreffend Leisner, S. 205, hervor. Vgl. auch Haak, S. 28, mit Nachweisen.

2) Vgl. auch Zeidler, DVBl 1962, S. 303.

3) Zweifelnd auch Haak, S. 69 f., 99; Zeidler, VVDStrL 19, S. 238; Forsthoff, Auftraggeber, S. 20; Bogs, S. 1270.

4) Ebd., S. 21 - Zu den "Abgrenzungsschwierigkeiten" im Einzelfall vgl. auch Menger, VerwArch 53 (1962), S. 279.

zwischen dem Kauf von "ein paar Bleistiften"¹⁾ und dem Bau eines Verwaltungsgebäudes durch die Gemeinde keine qualitativen, sondern lediglich - wenn auch noch so große - quantitative Unterschiede. Man kann nicht sagen, dieses Großprojekt diene "unmittelbarer" öffentlichen Aufgaben als jenes alltägliche Rechtsgeschäft.

Nicht zuletzt die Bedenken gegen die übliche Zweiteilung staatlichen Handelns bewogen mehrere Autoren, nach einem anderen Kriterium seiner öffentlichrechtlichen Schranken zu suchen. Sie fanden es in "staatlicher realer Machtausübung, etwa kraft Monopolstellung"²⁾, in der staatlichen Vergabe "existentieller Leistungen"³⁾ und dem "Zustand unentrinnbarer Inferiorität"⁴⁾. Allen Begriffsbildungen ist der Gedanke gemeinsam, daß die öffentliche Hand dort - vor allem grundrechtlich - gebunden werden müsse, wo der einzelne ihr ohne zumutbare Ausweichmöglichkeit ausgeliefert sei⁵⁾. So begründenswert diese Auffassungen als Ansätze sind, den alten "Schranken-Dualismus" zu überwinden, so ungeeignet sind sie in ihrer Vagheit zur konkreten Fallentscheidung⁶⁾. Zudem führten sie zur sicher nicht gewollten Konsequenz, daß z.B. ein Unternehmer, dessen wirtschaftliche Existenz von der Nachfrage der öffentlichen Hand abhängig ist, einem von öffentlichen Aufträgen unabhängigen Konkurrenten vorgezogen werden dürfte, oder daß eine Stadt mit mehreren, auch privaten, Hallenbädern im Gegensatz zur Kleinstadt mit nur einem Bad über den Zutritt grundrechtsfrei bestimmen könnte.

1) Beispiel von Bachof, VVDStrL 19, S. 260; vgl. auch Siedentopf, S. 98/9; Zeidler, DVBl 1962, S. 302.

2) So Bachof, VVDStrL 12, S. 65; ders., DÖV 1953, S. 417 ff.; Grundrechte, S. 175; ebd.; vgl. auch Bullinger, S. 102, der aber, wenn möglich, die Zweistufentheorie vorziehen will.

3) So Löw, S. 879 f.

4) So Leisner, S. 207 ff.; vgl. auch Linde, S. 85.

5) Vgl. Leisner, S. 208.

6) Vgl. Haak, S. 106; Siedentopf, S. 97 ff.; Bogs, S. 1269.

III. Die Einwände gegen eine Unterscheidung nach bloß objektiver öffentlichrechtlicher Gebundenheit der Verwaltung und subjektiver Berechtigung daraus

Anders noch grenzt jüngstens Rüfner¹⁾ das Verwaltungsprivatrecht als den Bereich ab, in dem der Bürger aus den öffentlichrechtlichen Bindungen des Fiskus subjektive öffentliche Rechte herleiten könne. Das sei nur dort, aber auch überall dort der Fall, wo eine staatliche Maßnahme nach ihrem Endzweck ihn begünstigen solle. Im übrigen sei die aus der Identität von Staat und Fiskus sich ergebende umfassende Bindung der Verwaltung in privatrechtlichen Formen an die Grundprinzipien des öffentlichen Rechts nur in einem objektiven Sinne zu verstehen. Die Grundrechte als oberste Wertbestimmungen für das gesamte Staatsleben bänden die öffentliche Hand auch dort, wo subjektive Rechte aus besonderen Gründen nicht entstehen könnten. Dem Bürger in allen seinen Beziehungen mit dem Fiskus subjektive Rechte auf Gleichbehandlung und Beachtung aller Grundprinzipien des öffentlichen Rechts zu gewähren, wäre verhängnisvoll. Da für die Verwaltung oft ganz andere Ziele als die gleichmäßige Versorgung oder dergleichen im Vordergrund stehen müßten, dürfe der Gleichheitssatz aus rechtlichen wie psychologischen Gesichtspunkten nicht zum Maß all ihres Handelns gemacht werden²⁾.

So richtig nach unseren Überlegungen die Einbeziehung der sog. erwerbswirtschaftlichen und der Vergabetätigkeit der Hoheitsträger in die öffentlichrechtlichen Schranken ist, so ungerechtfertigt erscheint die Beschränkung der privaten Ansprüche auf die bewußt und gezielt verteilten Begünstigungen

1) S. 399 ff.

2) S. 394 ff., unter Hinweis auf Mertens, Selbstbindung, S. 78 f., und Scheuner, VVDStrL 19, S. 264 f.

durch die öffentliche Hand. Geht man, wie Rüfner selbst¹⁾, davon aus, daß der Bürger im modernen Sozialstaat ein Recht auf gleichmäßige Teilhabe an den staatlichen Leistungen hat, so darf nicht das angestrebte Verwaltungsziel für deren subjektive oder nur objektive Natur entscheidend sein. Vielmehr kann die Teilhabe nur gesichert werden, wenn man überall Ansprüche des einzelnen anerkennt, wo die Verwaltung nach jetziger Auffassung Leistungen erbringt²⁾. Was wäre von einem Rechtsstaat zu halten, dessen Verwaltungsträger, wenn sie bei ihrem privatrechtlichen Handeln die Grundrechtsbindung mißachteten, lediglich verwaltungsinternen, aufsichtsbehördlichen Maßnahmen³⁾, nicht aber gerichtlicher Kontrolle aus-

-
- 1) S. 401; vgl. auch Hesse, S. 220 f. (und 219); Ipsen, Gleichheit, S. 173 ff.; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 42.
- 2) Daß subjektive Rechte der Bürger und Unbeweglichkeit der Verwaltung wirklich in notwendigem Zusammenhang stehen, wie Rüfner, S. 366, behauptet, ist jedenfalls für den gemeindlichen Bereich mit seiner Fülle von unterschiedlichen Anknüpfungspunkten - vgl. dazu auch unten S. 154 mit Fußn. 1 u. 2 - ebenso zu bezweifeln, wie daß die Grundrechtsbestimmungen nicht in allen Fällen subjektive Rechte begründen, wo der einzelne in seinen Grundrechten verletzt wird. Nach "möglichst unangreifbaren formalen Gleichheitsprinzipien" hat die Verwaltung im Rechtsstaat doch in jedem Falle zu arbeiten, nicht nur im "Bewußtsein, Ansprüchen der Bürger ausgesetzt zu sein". Vgl. aber Rüfner, S. 396; auch Haas, S. 306 f.
- 3) Vgl. Rüfner, S. 395 Fußn. 221, unter Hinweis auf Zeidler, VVDStrL 19 S. 239, und Böckenförde, S. 11 (dieser nur speziell für die Auftragsvergabe). Entgegen Rüfner kann jedoch aus Zeidlers Überzeugung, daß entscheidende Bedeutung auf diesem Gebiet der verwaltungsinternen Rechtsaufsicht zukomme, nicht geschlossen werden, daß er "möglicherweise" einer nur objektiven Wirkung der Grundrechte auf das fiskalische Handeln zugeneigt habe. Denn er spricht wie ebd. auf S. 258/9 und in: DVBl 1962, S. 303 Fußn. 22 von einer ergänzenden Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte. Dafür auch Reuß, S. 289.

gesetzt wären!

Gerade der Gefahr kommunaler "Kirchturmspolitik"¹⁾ würde so weiterhin Vorschub geleistet. Wenn beispielsweise bei der Vergabe von Aufträgen ortsansässige Unternehmen aus steuerlichen Gründen auch dann den Zuschlag erhalten, wenn sie nicht das günstigste Angebot abgegeben haben, müssen die übergangenen Konkurrenten Rechtsansprüche auf Gleichbehandlung geltend machen können²⁾. Das folgt schon aus dem Gebot der Gerechtigkeit, das der (gemeindlichen) Verwaltung aufgegeben ist, auch wenn man eine besondere Fürsorgepflicht gegenüber ihren möglichen Auftragnehmern nicht anerkennen will³⁾. Der gleichheitswidrig nicht berücksichtigte Unternehmer fragt auch nicht danach, ob sein Konkurrent den Auftrag als gezielte persönliche Begünstigung erhielt⁴⁾, wenn er für diesen nur überhaupt von Vorteil war. Denn Ziel der Vergabe öffentlicher Aufträge ist regelmäßig nur, den Staatsbedarf so günstig wie möglich zu decken. Daneben ist die Förderung des Unternehmers aus fürsorgerechtlichen Gründen erstrebter Endzweck der Auftragsvergabe i.d.R. nur dann, wenn bestimmte Bewerber kraft Gesetzes bevorzugt zu berücksichtigen sind⁵⁾. Ansonsten liegt der Vorteil immer in der Zuschlagserteilung als solcher.

1) S. Möller, Subventionsverwaltung, S. 99; ders., Wirtschaftsförderung, S. 56, 147 f.

2) Vgl. Haak, S. 71, 145 f.; a.A. aber Rübner, S. 407 f., der im Widerspruch zu früheren Ausführungen den Staat wie einen privaten Unternehmer behandeln will.

3) Daß das bei den möglichen Abhängigkeiten gar nicht so abwegig ist, zeigen die Ausführungen Forsthoffs, Auftraggeber, S. 8 ff., 26 f.. Vgl. auch Haak, S. 7, 71 ff., 117 ff., der aus diesem Grunde eine Fürsorgepflicht hinsichtlich einer gerechten Verteilung der Aufträge bejaht. Anders Siedentopf, S. 99 Fußn. 36, nach dem "bei der fiskalischen Verwaltung in mittelbarer Zweckverfolgung" der Leistungsempfänger "nicht selbst Objekt der überindividuellen Verwaltungstätigkeit" ist.

4) Vgl. dazu nochmals Rübner, S. 399 ff..

5) Vgl. ebd., S. 407, 414; Zuleeg, NJW 1962, S. 2234.

Ein plausibler Grund, nur Vertriebenen- und Flüchtlingsbetrieben ein subjektives öffentliches Recht auf Gleichbehandlung zu geben, es normalen Bietern aber zu verwehren, besteht jedoch nicht. Er kann auch nicht im Subventionscharakter der privilegierenden Auftragsvergabe erblickt werden. Denn auch bei Subventionen ist der Endzweck häufig gerade nicht die Förderung der Empfänger¹⁾. Wenn eine Gemeinde, um Rüfners²⁾ eigene Beispiele zu verwenden, zur Erhöhung ihres Gewerbesteueraufkommens, zur Schaffung von Arbeitsplätzen die Ansiedlung eines Industriebetriebes begünstigt oder, um die einheimische Produktion zu stützen, ein notleidendes Unternehmen mit öffentlichen Krediten saniert, besteht kein wesentlicher Unterschied zur Auftragsvergabe. Hier wie dort erhält der Unternehmer den Vorteil ausschließlich im öffentlichen Interesse.

Will man die Subventionierung auf dem gewerblichen Sektor wegen ihrer Ambivalenz dennoch den Grundrechten und Prinzipien des Verwaltungsrechts unterstellen³⁾, kann für die Auftragsvergabe nichts anderes gelten. Sie stellt für den übergangenen Konkurrenten u.U. nicht weniger eine Belastung dar. Es leuchtet auch nicht ein, warum der Gleichbehandlungsanspruch von der Zahl der Subventionsempfänger abhängen soll. Dem gleichheitswidrig abgelehnten Subventionsbewerber darf der Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung nicht mit der Begründung versagt werden können, die Krisenhilfe für sein größtes Konkurrenzunternehmen verändere seine wirtschaftliche Lage lediglich in einer "rechtlich kaum noch faßbaren Weise"⁴⁾.

1) Vgl. Rüfner, S. 398 f., 408 f., mit Hinweisen.

2) Ebd., S. 408/9.

3) So Rüfner, S. 409 f., der sich insoweit selbst gezwungen sieht, seine Abgrenzung eines verwaltungsprivatrechtlichen Bereichs zu modifizieren.

4) Was Rüfner, S. 409, als "Problematik der Abgrenzung des Verwaltungsprivatrechts" bezeichnet, ist in Wahrheit ein Problem der Durchsetzung des Gleichheitssatzes. Mit seinem Kriterium der Gruppenvergünstigung ist jedenfalls im gemeindlichen Bereich kaum zu operieren.

Desgleichen muß den Interessenten an gemeindlichem Siedlungsland ein Rechtsanspruch auf sachgemäße Berücksichtigung zustehen, gleichgültig, ob das Land zur Geldbeschaffung, zur Beeinflussung des örtlichen Baumarktes oder zur individuellen Sozialgestaltung¹⁾ abgegeben wird. Ihr willkürlicher Ausschuß von den kommunalen Leistungen benachteiligt sie gegenüber ihren Mitbewerbern nicht darum weniger stark, weil sie nicht zum bevorzugten Personenkreis gehören, sondern den vollen Marktpreis bezahlen müssen. Dem Bürger schließlich, der von den Leistungen des oben erwähnten, in gemeindliche Regie übernommenen Unternehmens ausgeschlossen wird, ist gleichgültig, ob es primär zu seiner Bedürfnisbefriedigung oder zu anderen öffentlichen Zwecken betrieben wird.

Damit wird der Gleichheitssatz noch nicht "zum Maß aller Dinge"²⁾ gemacht. Gleiche Vergabe staatlicher Leistungen heißt nicht Leistung an alle. In der Tat ist ein gemeindliches Unternehmen der Konkurrenzwirtschaft nicht zur gleichmäßigen Belieferung a l l e r verpflichtet, sondern kann wie seine privaten Konkurrenten nach kaufmännischen Gesichtspunkten verfahren³⁾. Im Gegensatz zu ihnen darf es jedoch

1) Beispiele nach Rüfner, S. 413, der auch hier unzutreffend wieder auf ein "Umschlagen des fiskalischen Handelns zur gewollten Gruppenbegünstigung" (vgl. S. 412) abstellt. Auch das zitierte Urteil des BGHZ 29, S. 76 ff., vom 10.12. 1958 = JZ 1959, S. 405 ff., hätte sich das Abstellen auf dieses Merkmal ersparen können, wenn es richtigerweise den öffentlichrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch zur Fallentscheidung herangezogen hätte. S. aber Rüfner, S. 413/4.

2) So aber Rüfner, S. 396; vgl. auch Scheuner, VVDStrL 19, S. 264 f..

3) Vgl. Zeidler, VVDStrL 19, S. 232, insbes. 233, u. unten S.150 mit Fußn. 3. Auch Haak, S. 102 spricht von sachgerechter Auslegung der Grundrechte. Zum unterschiedlichen Stärkegrad der Bindungen im Einzelfall vgl. auch oben S. 123 mit Fußn. 1. Die Begründungen von Rüfner, S. 396, können daher nicht überzeugen. Das gilt auch für die Ausführungen Bullingers, Recht, S. 87 ff., nach dem es Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Hand gibt, in denen Gleichheit und Gerechtigkeit nicht erwartet werden.

niemanden rechtsgrundlos von der Versorgung ausschließen.¹⁾

IV. Ergebnis

Fassen wir zusammen: Die (gemeindliche) Verwaltung ist entgegen der Lehre vom sog. Verwaltungsprivatrecht bei jeglichem Verwaltungshandeln in privatrechtlichen Formen den rechtsstaatlichen Schranken des öffentlichen Rechts, primär den Verfassungsschranken, unterworfen. Der Gleichbehandlungsanspruch der Bewerber zwingt die Kommunen zur sachgerechten Ausübung des ihnen bei der Leistungsgewährung (auch der Auftragsvergabe) eingeräumten Ermessens. Die Ausklammerung eines sog. fiskalischen Bereichs aus diesen Bindungen verbietet sich aus rechtstheoretischen und praktischen Gründen ebenso, wie das Verständnis der Grundrechtsbestimmungen als lediglich objektiver Grundsatznormen.

1) Wie hier auch Zeidler, ebd., S. 233; vgl. auch H.J.Wolff, ArchKommWiss., S. 174; Bogs, S. 1271. A.A. Rübner, ebd., und S. 406; Leisner, S. 209, die zu Unrecht Privilegierungen der Vertragspartner der öffentlichen Hand generell für ungerechtfertigt halten.

Sechstes Kapitel

Die Art und das Ausmaß der Grundrechtsgebundenheit: die übrigen Schranken des öffentlichen und des privaten Rechts

I. Unmittelbare Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr der Gemeinden

Sind die Grundrechte nach unseren Darlegungen auf das gesamte privatrechtliche Verwaltungshandeln der Gemeinden anzuwenden, so ist damit noch nichts über die Art der Anwendung gesagt. Die überwiegende Lehre, die Vertreter der eingeschränkten wie der umfassenden Grundrechtsgebundenheit der Verwaltung¹⁾, und die Gerichte²⁾ sprechen sich entgegen einer Mindermeinung³⁾ um Dürig dafür aus, die öffentliche Hand jedenfalls in ihren verwaltungsprivatrechtlichen Beziehungen zum Bürger unmittelbar an die Verfassungsschranken zu binden. Dürig⁴⁾ dagegen

1) Etwa Bachof, VVDStrL 12, S. 61 f.; Böckenförde, S. 11; Löw, S. 879 f.; Evers, NJW 1960, S. 2073 ff.; Leisner, S. 208 f.; Schaumann, S. 114; Wertenbruch, S. 110; Mallmann, S. 202; Zeidler, VVDStrL 19, S. 227 f.; Stern, JZ 1962, S. 182; Haak, S. 91 ff.; Siedentopf, S. 100 f.

2) Vgl. BGHZ 29, S. 76 ff. (80 f.), Urt.v. 10.12.1958 = JZ 1959, S. 405 ff. (406); 33, S. 230 ff. (232), Urt.v. 26.10.1960 = MDR 1961, S. 129; 36, S. 91 ff. (96), Urt.v. 26.10.1961 = DVBl 1962, S. 298 ff. (300) = JZ 1962, S. 176 ff. (178); BVerfGE 12, S. 205 ff. (244), Urt.v. 28.2.1961; OVG Berlin, Urt.v. 27.4.1961, NJW 1961, S. 2130 f. (2131).

3) Z.B. Geiger, S. 35; Bullinger, S. 101, 102, 231; Budde-Hupfauer, S. 93 (für die "zweite Stufe" im Rahmen der Zweistufentheorie); vgl. auch BVerfGE 7, S. 198 ff. (204 f.), Urt.v. 15.1.1958; Forsthoff, Auftraggeber, S. 15 f., 18 f..

4) Festschr. für Nawlasky, S. 188 f.; ders., Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 135, 138; JZ 1953, S. 199 - S. aber auch die Kritik von Schüle, AöR 82 (1957), S. 372.

will die Grundrechtsbestimmungen nur mittelbar über die bürgerlichrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242, 826 BGB) zur Geltung gelangen lassen, da die Form des staatlichen Handelns über die unmittelbar heranzuziehenden Normen entscheide. Einen Rechtsformenmißbrauch durch die Verwaltung verhindere das von den Zivilgerichten von Amts wegen zu beachtende Verbot des "venire contra factum proprium"¹⁾.

Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen abzulehnen: Erscheint es schon bedenklich, von einer unzulässigen Umgehung der Rechtsform dort zu reden, wo das Privatrecht, wie etwa im Subventions- und Vergabewesen, die ursprünglich allein mögliche und auch jetzt noch zweckmäßige Gestaltung ist²⁾, so fordert die Verwendung des öffentlichen Rechts als Maßstab der zivilrechtlichen Verwaltungstätigkeit, seine Handlungsgrundsätze unmittelbar zu übernehmen³⁾. Zudem greift Dürig⁴⁾ in Abweichung von seinem Formprinzip zur Abgrenzung eines grundrechtsunterworfenen Bereichs doch wieder auf ein inhaltliches (Zweck-)Kriterium, das der Monopolstellung der öffentlichen Hand, zurück. Es ist aber widersprüchlich, formal die gleiche Grundrechtsbindung des Staates und seiner Bürger anzustreben, materiell jedoch wegen der zugestandenen wesensmäßigen Unvergleichbarkeit ihres Handelns Unterschiede machen zu wollen⁵⁾.

1) JZ 1953, S. 199; Festschr. für Nawiasky, S. 189; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 135, 138.

2) Vgl. Haak, S. 92; Siedentopf, S. 96; Löw, S. 879; Bogs, S. 1270.

3) So auch Schaumann, S. 114. Vgl. auch Bachof, VVDStrL 12, S. 61, der eine "Aktualisierung der Grundrechte" für überflüssig hält, wo ihre Geltung angenommen werde, für unzulässig, wo sie nicht gelten sollten. Ähnlich auch Löw, S. 879.

4) Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 135, 138.

5) So ebd., Rdnr. 135, wo Dürig anerkennt, daß der Fiskus als "alter ego" des hoheitlich handelnden Staates nie wie ein Privatmann zu behandeln sei.

Vor allem aber wird dabei nicht bedacht, daß die Art der Verfassungsgebundenheit der Hoheitsträger sich nicht nach der Grundrechtsgeltung auch im Privatrechtsverkehr der Privaten richten kann. Denn, da die Grundrechte in erster Linie Abwehr- bzw. Teilhaberechte gegenüber dem Staat sind und nur wegen der ihnen innewohnenden objektiven Wertordnung auch auf die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander angewendet werden¹⁾, ist ihre unmittelbare Geltungskraft logisch vorgegeben, unberührt von der (privatrechtlichen) Form des staatlichen Handelns. Die Grundrechtsbindung der Verwaltung je nach der Verwendung öffentlichrechtlicher oder zivilrechtlicher Handlungsformen unterschiedlich zu bestimmen, hieße dagegen, überholte Elemente der Fiskuslehre weiterhin anzuerkennen²⁾. Überdies führen die mittelbare und die unmittelbare Bindung, wie sich noch zeigen wird³⁾, nicht zu den gleichen Ergebnissen.

1. Die überragende Bedeutung des Art. 3 GG bei der gemeindlichen Verwaltung in Privatrechtsform

Die unmittelbare Bindung der gemeindlichen Verwaltung in ihrem gesamten Privatrechtsverkehr an die Grundrechte wirft als nächste Frage die nach dem Ausmaß dieser Grundrechtsgebundenheit auf. Sie läßt sich ohne größere Schwierigkeiten nur insoweit beantworten, daß alle Grundrechtsnormen auszuklammern sind, die sich ihrer Natur nach ausschließlich gegen die Eingriffsverwaltung richten (z.B. Art. 10, 13 Abs. 2, 16, 17a GG)⁴⁾. Unter den verbleibenden kommt dem Gleichheits-

1) Vgl. Leisner, insbes. S. 210 ff., 306 ff.; Reimers, S. 533 f.; BVerwGE 7, S. 198 ff. (204 f.), Urt.v. 15.1.1958.

2) Vgl. Haak, S. 86 f.; Zeidler, VVDStrL 19, S. 227/8.

3) S. unten S. 148, 153; ferner Zeidler, ebd., S. 228, unter Hinweis auf Bachof, VVDStrL 12, S. 64 und Löw, S. 879 sowie 233/4; Bachof, Grundrechte, S. 175 Fußn. 74; vgl. auch Bender, S. 180/1.

4) Vgl. Haak, S. 113, 124; Mallmann, S. 203 Fußn. 148; Zeidler, VVDStrL 19, S. 218, unter Hinweis auf Geiger, S. 9 f.; Schaumann, S. 112.

satz beherrschende Bedeutung zu¹⁾, während die übrigen, von der Problematik beeinträchtigender Leistungen an Dritte abgesehen, als spezielle Diskriminierungsverbote großenteils lediglich subsidiäre, nur im Rahmen der privatvertraglichen Rechtsverhältnisse auch eigenständige Wirkungskraft erlangen²⁾. Im einzelnen zeitigt die umfassende Grundrechtsbindung der Kommunalverwaltung folgende Auswirkungen:

2. Die Vorsorgeverwaltung - Unanwendbarkeit des Monopolprivatrechts -

Die Erkenntnis von der fundamentalen Verschiedenheit staatlichen und privaten Handelns verbietet, die gemeindliche Vorsorgeverwaltung weiterhin den Grundsätzen des Monopolprivatrechts zu unterstellen³⁾. So zutreffend der Hinweis⁴⁾

-
- 1) S. etwa Hesse, S. 219, 220 mit Fußn. 23; Leisner, S. 212; von Münch, S. 271 ff.; Haak, S. 36, 124/5; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 109, 137; Götz, S. 36 ff.; Rübner, S. 390.
 - 2) Vgl. z.B. Schaumann, S. 112; Haak, S. 127, 135; Rübner, S. 391.
 - 3) So aber Siebert, Festschr. für Niedermeyer, S. 231; Bullinger, S. 99 f., vgl. auch S. 231; Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 138; Frentzel, S. 23 (für die Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand); Rübner, S. 160/1, 364, 367 f., 383/4, 403/4, der entsprechend seiner obigen Abgrenzung (vgl. S. 71) von Fall zu Fall die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts und (oder) das Monopolprivatrecht heranziehen will; Forsthoff, Lehrbuch, S. 386, der den Abschlußzwang, soweit er nicht ausdrücklich festgelegt oder Korrelat eines Benutzungszwanges ist, aus einer analogen Anwendung des § 826 BGB ableitet; aus der zivilrechtlichen Literatur Enneccerus-Nipperdey, § 162 IV 2 Fußn. 41; Erman-Hefermehl, Anm. 3. vor § 145; Palandt-Danckelmann, Einf. 3 a) vor § 145; Staudinger-Going, Vorbem. 8 b vor § 145. Ebenso jetzt auch Püttner, S. 124 ff.
 - 4) S. Rübner, S. 367.

ist, daß die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch¹⁾ für die meisten Betriebe der Daseinsvorsorge die willkürliche Leistungsverweigerung und ungerechtfertigte Gestaltung der Vertragsverhältnisse ausgeschlossen habe, vermag er nichts gegen den Einwand auszurichten, daß sie auf dem Gedanken eines sittenwidrigen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit beruht, die der öffentlichen Hand wesensmäßig nicht zukommt²⁾. Nur die dem zuwider im Anschluß an O. Mayer vorübergehend verbreitete Überzeugung, daß der Staat bei seinem zivilrechtlichen Handeln gleich dem Bürger Privatautonomie genieße, führte überhaupt dazu, die zu den privaten Monopolunternehmen entwickelten rechtlichen Gesichtspunkte unbesehen auf die Verwaltungsmonopole zu übertragen³⁾.

Seitdem jedoch, jedenfalls für die Daseinsvorsorge, anerkannt ist, daß das spezifische Verwaltungshandeln das als bloße Form verwendete Privatrecht modifiziere⁴⁾, hat ihre rechtliche Beurteilung nur noch vom öffentlichen Recht, nicht mehr vom Monopolprivatrecht her zu erfolgen⁵⁾. Daß dieses auf

-
- 1) Zur (früheren) Korrektur des Monopolmißbrauchs auf dem Boden und mit den Mitteln des Privatrechts, auch bei Monopolen der öffentlichen Hand, vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 261, bes. 263 ff., mit umfassenden Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Vgl. auch Rübner, S. 367.
 - 2) Vgl. oben S. 121 mit Fußn. 3; ferner Badura, ebd., S. 261, 275 f., wo er darauf hinweist, daß Anknüpfungspunkt nicht die durch das Verwaltungsmonopol vermittelte Monopolstellung, sondern der Tatbestand sei, daß Verwaltung ausgeübt werde.
 - 3) Vgl. Rübner, S. 362 f., 383 Fußn. 162; Badura, DOV 1966, S. 626; auch Leisner, S. 198.
 - 4) S. oben S. 118 ff.; auch Rübner, S. 388.
 - 5) So schon Schreier, S. 135 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 261, 262, wo er feststellt, daß die Meinungsverschiedenheiten über den Leistungsanspruch gegen ein Monopolsubjekt nur das Epiphänomen der noch ganz in Fluß befindlichen Kontroversen über das sog. Verwaltungsprivatrecht seien, S. 275 f., unter Hinweis auf Huber, S. 119, 160 ff., u.a.m.; ders., JuS 1966, S. 20. Vgl. auch Vogel, S. 253; Siedentopf, S. 99 ff..

private Unternehmen zu beschränken ist, ergibt sich schon aus unserer Auffassung, daß alle staatlichen Betriebe, auch die sog. rein erwerbswirtschaftlichen, den Grundrechts-schranken unterworfen seien. Es kann diesen aber nicht die volle Grundrechtsbindung, den Vorsorgeunternehmen dagegen nur ein Monopolprivatrecht mit einer "milden, aber unklaren grundrechtlichen Tönung"¹⁾ aufgebürdet werden. Aber auch der Versuch, über das Verbot des Monopolmißbrauchs den Rückgriff auf das öffentliche Recht, wenn möglich, zu vermeiden²⁾, ist rechtsdogmatisch verfehlt und daher abzulehnen. § 98 GWB ist kein Beweis des Gegenteils, da dem GWB nicht der Gedanke des "sittenwidrigen" Monopolmißbrauchs, sondern der immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit zugrunde liegt, der auf den marktwirtschaftlichen Wettbewerb der öffentlichen Hand übertragen wurde³⁾.

Die Gemeinden dürfen sich selbstverständlich ihren öffentlichrechtlichen Bindungen nicht dadurch entziehen können, daß sie ihre Betriebe der Daseinsvorsorge als Eigengesellschaften begründen. Dabei ist der Weg, die Kommunen für die Pflichten der Gesellschaften eintreten zu lassen, dem "Durchgriff" gegen diese vorzuziehen. Die Nachfolgebestimmungen zu § 17 DGO bezeichnen allein die Gemeinden als Anspruchsgegner. Diese beherrschen auch praktisch die Gesell-

1) So Leisner, S. 209. S. auch seine Bedenken gegen eine Monopolmißbrauchsrechtsprechung auf S. 200. Ähnlich Budde-Hupfauer, S. 80; Bachof, DÖV 1953, S. 423 Fußn. 14.

2) RUFNER, S. 367.

3) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 33, 268, 275 Fußn. 69 a.E..

schaften, wenn es auch an einem "unmittelbaren Weisungsrecht" fehlt¹⁾.

Den öffentlichrechtlichen Bindungen müssen aber ebenfalls die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen unterliegen. Die Gemeinden, bei ihrem Handeln denknotwendig an sie gebunden, haben eben die Pflicht, auf dem Wege über ihre Beteiligung für ihre Einhaltung zu sorgen²⁾.

Die Berufung auf die Grundrechte erübrigt sich in aller Regel, soweit es um die Zulassung zu den kommunalen Unternehmen der massentypischen Daseinsvorsorge geht. Ein gleichheitswidriger Ausschluß der Gemeindeangehörigen von den Vorteilen ihrer öffentlichen Einrichtungen ist den Gemeinden schon durch gesetzliche Bestimmungen (§ 18 Abs. 2 GO NW und die entsprechenden Vorschriften in den anderen Gemeindeordnungen³⁾) untersagt. Zusätzlich verpflichtet § 6 EnergG die kommunalen Energieversorgungsunternehmen zur allgemeinen

1) Vgl. dazu H.J. Wolff, ArchKommWiss., S. 173; Stern-Püttner, S. 126 ff., mit Hinweisen, einerseits; Rübner, S. 414 ff., mit ausführlichen Darlegungen, andererseits.

2) So zu Recht Stern-Püttner, S. 140; vgl. auch H.J. Wolff, ebd., S. 172, der einen maßgebenden Einfluß der Kommunen verlangt; ferner Reuß, S. 267 f., der auf die unmittelbar öffentliche Aufgabenerfüllung mit ihrem Wissen und Wollen abstellt. - Dagegen führt jede Argumentation von der fast nie mit Sicherheit erkennbaren und raschen Veränderungen unterworfenen Kapitalverteilung oder sonstigen Einflußmöglichkeit her zwangsläufig zu unlösbaren Schwierigkeiten (vgl. dazu Zeidler, VVDStrL 19, S.234; die Aussprache, ebd., S. 250 ff., 260, 265; Wertenbruch, S. 109; Schaumann, S. 115; Brenner, S. 729; Schricker, S. 44; Rübner, S. 418 f.).

3) Vgl. oben S. 37 mit Fußn. 5.

Belieferung unter gleichmäßigen Bedingungen und Preisen.

Die Bindungen des öffentlichen Rechts, vorab der Gleichheitssatz, werden aber wieder praktisch, wenn sich ein Gemeindefremder um die kommunalen Leistungen bemüht, oder wenn ihre Bedingungen in Frage stehen. Jeder kann beanspruchen, nicht durch diskriminierende Leistungsbedingungen oder ungerechtfertigte Gestaltung des privatrechtlichen Vertragsverhältnisses benachteiligt zu werden¹⁾. So wäre einer Stadt die unsachliche Ungleichbehandlung bestimmter Personenkreise in der zivilrechtlichen Benutzungsordnung ihres Hallenbades und in den allgemeinen Lieferungsbedingungen ihres Elektrizitätswerks in der Tat auch dann verwehrt, wenn außerdem private Hallenbäder und ein privates Energieversorgungsunternehmen vorhanden wären²⁾. Das gleiche würde für eine unsachliche Vertragsauflösung gelten. Diese Fälle über das Verbot des "venire contra factum proprium" in Verbindung mit den zivilrechtlichen Generalklauseln lösen zu wollen³⁾, versagt sich, von den erwähnten dogmatischen Bedenken abgesehen, schon deshalb, weil es an einer Monopolstellung der Gemeinde fehlt, außerdem mehr als zweifelhaft ist, ob ein privatrechtliches Verhalten der Verwaltungsträger stets gegen die guten Sitten verstößt, weil es den öffentlichrechtlichen Handlungsgrundsätzen zuwiderläuft⁴⁾.

-
- 1) S. Budde-Hupfauer, S. 101 ff.; Haueisen, S. 838; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 275 f., mit Nachweisen; Rübner, S. 403.
 - 2) So auch Zeidler, VVDStrL 19, S. 228 Fußn. 89, S. 262 f.; Reuß, S. 270.
 - 3) Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 138 Fußn. 2; vgl. auch Budde-Hupfauer, S. 93.
 - 4) Vgl. Zeidler, VVDStrL 19, S. 228 Fußn. 89 u. S. 233/4, der auf die zweifelhafte Konsequenz hinweist, für den Staat einen anderen Sittenbegriff als für den Privaten annehmen zu müssen; auch Rübner, S. 383.

Mit Recht weist Rüfner¹⁾ aber darauf hin, daß Verstöße gegen die Gleichbehandlungspflicht wegen der großen Zahl zulässiger Differenzierungsgesichtspunkte nur selten vorkommen werden. Nur sind, da wir seiner Bestimmung des sog. Verwaltungsprivatrechts²⁾ nicht zu folgen vermögen, die Grenzen dieser ungleichen Behandlung wiederum nicht dem Monopolprivatrecht, sondern dem Gleichheitssatz oder anderen öffentlichrechtlichen Bindungen zu entnehmen. So muß etwa die von einer kommunalen öffentlichen Einrichtung verhängte Liefersperre³⁾ oder die auferlegte Haftungsbeschränkung⁴⁾ (sog. Freizeichnung) den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln des Willkür- und Übermaßverbotes⁵⁾ entsprechen; unter dieser Voraussetzung ist auch eine Beschränkung des einzelnen in seiner Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) zulässig, der er sich zwangsläufig z.B. mit dem Betreten einer gemeindlichen Anstalt unterwirft⁶⁾.

1) S. 391, insbes. 403, 404; vgl. auch Budde-Hupfauer, S. 101/2.

2) Oben S. 135 mit Fußn. 1 u. 2.

3) Vgl. dazu Badura, Verwaltungsmonopol, S. 278 f.

4) Badura, ebd., S. 279.

5) Vgl. Badura, ebd., S. 278 f., mit umfangreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Dagegen will Forsthoff, Lehrbuch, S. 391 f., die Grundsätze des sittenwidrigen Monopolmißbrauchs heranziehen. Speziell zum Übermaßverbot vgl. H.J. Wolff III, § 138 V., S. 143, und die dortigen Nachweise; ferner die Nachweise bei Mallmann, S. 173 Fußn. 33.

6) Vgl. dazu Rüfner, S. 391/2.

3. Die sog. rein fiskalische Verwaltung

Die zur kommunalen Vorsorgeverwaltung herausgestellten Grundsätze sind prinzipiell, wenn auch mit den angedeuteten, von der Verschiedenartigkeit der öffentlichen Tätigkeiten geforderten Modifikationen auf den sog. rein fiskalischen Geschäftsverkehr der Gemeinden zu erstrecken. Ob diese Grundstücke verkaufen oder verpachten, einen Hallenbau benutzen, ein wirtschaftliches Unternehmen führen oder Holz aus ihren Forsten veräußern, um finanzielle Gewinne zu erzielen oder konkrete Interessen ihrer Bürger zu verfolgen, in keinem Fall können sie sich dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch entziehen. Das folgt notwendig aus dem Gleichheitssatz selbst, der, etwa für eine Differenzierung gegenüber Gemeindefremden, sachlich einleuchtende Gründe erfordert, dem Rechtsstaats- und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 3, 20 GG)¹⁾. Die gegenteiligen Auffassungen²⁾ beruhen entweder auf der Grundlage irriger Vorstellungen vom Wesensgehalt des Fiskus oder falscher Schlußfolgerung von der Gleichbehandlung aller auf die in der Tat verhängnisvolle, sich jedoch von selbst verbietende gleichmäßige Teilhabe aller an den öffentlichen Leistungen.

Daß beispielsweise dem kommunalen Unternehmen erlaubt sein muß, "in bestimmtem Rahmen nach den Strukturprinzipien der freien Wirtschaft" zu verfahren, wurde schon von Zeidler³⁾ hervorgehoben. Es will besagen: Der grundsätzlich bestehende Anspruch von Lieferanten und Abnehmern auf positive Gleichbehandlung findet seine natürlichen Grenzen an der kaufmännischen Kalkulation und der Kapazität des Unternehmens. Diese

1) Vgl. dazu Bogs, S. 1271; Reuß, S. 269, 271; Sailer, S. 296; Götz, S. 40.

2) S. oben fünftes Kapitel und die dortigen Nachweise.

3) VVDStrL 19, S. 232, insbes. 233.

rein tatsächlichen Momente sind legitime Anknüpfungspunkte für eine zulässige, ja unvermeidliche Ungleichbehandlung. Sie gestatten alle Differenzierungen, die sich sachlich begründen lassen.

Weshalb es aber besonderer Versorgungs- oder Fürsorgepflichten¹⁾ bedürfen sollte, um ein subjektives Recht auf gleiche Begünstigung zu geben, wenn die besagten Grundstücke nach Willkür bestimmten privaten Bauherren oder Baugesellschaften übereignet, anderen verweigert werden²⁾, eine Halle einer genehmen Vereinigung unentgeltlich, einer anderen, etwa kommunalpolitisch unerwünschten, nur gegen einen hohen Mietzins überlassen wird, schließlich die Erzeugnisse des Wirtschaftsunternehmens oder Holz aus den Forsten einzelnen Interessenten sachlich unbegründet zu unterschiedlichen Bedingungen oder gar nicht verkauft werden, will nicht einleuchten. Hier sei nur noch angeführt, daß die alte städtische Halle ja auch auf der Grundlage öffentlichrechtlicher Nutzungsordnung³⁾ nunmehr "erwerbswirtschaftlich" weitergeführt werden könnte. Dann aber wäre sie prinzipiell, unabhängig von Verwaltungszweck und -ziel, den öffentlichrechtlichen Handlungsgrundsätzen unterworfen.

4. Die Vergabe- und Beschaffungstätigkeit

Diesen Grundsätzen unterliegt nach unseren Ausführungen⁴⁾ auch die gemeindliche Auftragsvergabe und Beschaffungstätigkeit. Der Teilhabeanspruch der Bewerber aus Art. 3 GG zwingt

1) So Rübner, S. 407.

2) Vgl. auch die Beispiele von Zeidler, VVDStrL 19, S. 236; Löw, S. 880.

3) Dazu, daß grundsätzlich alle Benutzungsverhältnisse ins öffentliche Recht überführt werden können, vgl. Schneider, NJW 1962, S. 706.

4) S. oben S.118 ff., insbes.131 ff., und Zeidler, VVDStrL 19, S. 234.

die Kommunen zur sachgerechten Ausübung des ihnen bei der Wahl ihrer Auftragnehmer eingeräumten Ermessens¹⁾. Er erlaubt nur die Berücksichtigung solcher Umstände, die mit der Durchführung der Arbeiten und Lieferungen in sachlichem Zusammenhang²⁾ stehen, verbietet hingegen das Abstellen auf alle die Gesichtspunkte, welche mit ihr billigerweise nicht verknüpft werden dürfen. Hier seien beispielhaft nur die Preiswürdigkeit des Angebotes und fachliche Qualifikation des Anbieters auf der einen, seine politische oder religiöse Überzeugung auf der anderen Seite erwähnt³⁾. Doch verbleiben in Einzelfällen Zweifel über den Spielraum des pflichtgemäßen Ermessens. Mag der ständige Ankauf von Schreibmaterial in kleinen Mengen bei einem Lieferanten, mit dem die Gemeinde langjährige, besonders gute Geschäftsbeziehungen verbinden, noch vertretbar sein⁴⁾, so auf keinen Fall die durchgängige Heranziehung ein und desselben Bauunternehmers nur aus diesem Grunde. Sie würde seine Konkurrenten in ihrer grundgesetzlich garantierten Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 GG)

1) Vgl. Haak, S. 127, 131, 146; Bogs, S. 1271; Zeidler, VVDStrL 19, S. 235/6; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 99.

2) S. Haak, S. 132; Bogs, ebd..

3) Vgl. nochmals Haak, S. 102, 131 ff., 145, 147 ff., 152 ff.; Bogs, ebd.; Reuß, S. 271; vgl. auch den Beispielsfall aus der Verwaltungswirklichkeit bei Bachof, VVDStrL 12, S. 55 Fußn. 37 a.E.. Wohin die gegenteilige Auffassung der noch herrschenden Meinung führt, zeigt die Bezugnahme Rüfners, S. 414 Fußn. 286, der gegen den von ihm zitierten Fall eklatanter Grundrechtsverletzung lediglich eine Dienstaufsichtsbeschwerde gewähren, im übrigen die Betroffenen rechtsschutzlos stellen will, "weil sie kein Recht auf Erteilung öffentlicher Aufträge haben".

4) Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall vgl. Haak, S. 140 ff.

treffen¹⁾. Daß darüber hinaus aufgezwungenen grundrechts-
widrigen Vertragsbestimmungen die Anerkennung versagt sein
muß²⁾, versteht sich nach dem Vorhergehenden von selbst. Nur
zur Unterstreichung sei nochmals darauf hingewiesen, daß auch
bei unterstellter Anwendbarkeit die zivilrechtlichen Lösungs-
versuche nicht zu adäquaten Ergebnissen führen würden³⁾.
Schon von daher sind die praktischen Schwierigkeiten der
Grundrechtsbindung des sog. rein fiskalischen Geschäftsver-
kehrs in Kauf zu nehmen.

5. Die Subventionsverwaltung

Die größten Probleme erwachsen jedoch aus der öffentlich-
rechtlichen Gebundenheit der kommunalen Subventionsverwaltung,
die wir entgegen Rüfner⁴⁾ bei jeder Förderungsmaßnahme, unge-

-
- 1) Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 2 GG vgl.
Haak, S. 125 ff., und Friauf, S. 736, beide mit Nachweisen.
S. Haak, ebd. und S. 118/9, auch zu den Gefahren ihrer Ver-
letzung. Ein Verstoß gegen Art. 12 GG dagegen wird i.d.R.
ausscheiden. Zu den (strengen) Voraussetzungen vgl. BGH,
Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff. (179); Götz, S. 272ff.
 - 2) S. dazu im einzelnen unten S. 160 ff..
 - 3) Wenn Forsthoff, Auftraggeber, S. 10, demgegenüber behaup-
tet, für das staatliche Auftrags- und Vergabewesen lasse
die folgerichtig durchgehaltene zivilrechtliche Betrach-
tung ein Optimum von Rechtssicherung erreichen, so ist das
auch angesichts seiner eigenen Beispiele, ebd., S. 15/16,
nicht überzeugend. Erscheint es schon nicht logisch, die
Rechtswidrigkeit fiskalischen Handelns aus der Überschrei-
tung "strukturell vorgegebener Schranken" herzuleiten, die
in eben den Grundrechten bestehen, an die der Fiskus gerade
nicht gebunden werden soll, so sind darüber hinaus die ange-
sprochenen Rechtsfolgen aus dem bürgerlichen Recht oftmals
mehr als fraglich. Vgl. hierzu auch Bogs, S. 1272.
 - 4) S. 394 ff., insbes. 408 ff. - Allerdings dürfte auch Rüf-
ner im Ergebnis kaum einen Fall aus den öffentlichrechtli-
chen Bindungen ausklammern können. Bitter, S. 89/90, der
auf die privatrechtlichen kommunalen Subventionsverhältnis-
se die zu § 826 BGB entwickelten Grundsätze über den Kon-
trahierungszwang Anwendung finden lassen will, läßt außer
acht, daß der öffentlichen Hand wesensmäßig eine zu begren-
zende Vertragsfreiheit nicht zukommt.

achtet ihres Endzweckes, bejahen. Vorrangiges Interesse kommt naturgemäß wiederum dem Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 3 GG zu, der sich aber wegen der oftmals individuellen Fallgestaltung¹⁾ hier besonders schwer bestimmen läßt. Zu Recht weist Möller²⁾ darauf hin, daß der "gefürchtete Berufsfall" nicht von großer rechtlicher Bedeutung sei. Allerdings ist auch den Gemeinden untersagt, rechtlich Gleiches ungleich zu behandeln. Subventionierungen einzelner oder einzelner Gruppen unter Übergehung anderer sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁾ nur dann erlaubt, wenn sich sachlich zutreffende Gründe für sie finden lassen, so daß sie nicht als willkürlich anzusehen sind⁴⁾. Dienen sie sozialstaatlichen Zwecken, müssen sie primär dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG) entsprechen, d.h. den Kreis der gleicherweise Förderungsbedürftigen auch sozial gerecht abstecken⁵⁾.

Daraus folgt, daß für die begünstigte Ansiedlung eines Industriebetriebes oder für die Krisenhilfe zugunsten eines notleidenden Wirtschaftsunternehmens unter Bevorzugung gegenüber ihren Konkurrenten einleuchtende Differenzierungsgesichtspunkte wohl regelmäßig bestehen werden. Kann aber ein anderes Unternehmen der gleichen Branche auf seinen voraussichtlich

-
- 1) Vgl. dazu die früheren Ausführungen und Hinweise; ferner Kötten, Spielraum, S. 24 f.; Möller, Subventionsverwaltung, S. 167; ders., Wirtschaftsförderung, S. 46, 123/4; von Münch, S. 296; Menger, Grundrechte, S. 771.
 - 2) Subventionsverwaltung, ebd.; vgl. auch Schaumann, S. 112; Friauf, S. 737; H.J. Wolff III, § 138 IV. b) 3. a), S. 142, zur nicht allzu hohen Schutzwirkung des Art. 3 GG.
 - 3) Vgl. unten S. 158 Fußn. 1; Götz, S. 266.
 - 4) S. auch H.J. Wolff III, § 154 V. b) 2., S. 221; Rübner, S. 409; von Münch, S. 272 f., 297 f., und die dortigen Hinweise. - Wie schwer der Nachweis der Willkür gegenüber einer auch die Mittel der Geheimhaltung nicht scheuenden Verwaltung zu erbringen ist, und wie sehr subjektive Rechte auf eine Leistung des gesetzlichen Ausweises bedürfen, betont Zacher, S. 361/2, vor allem mit Fußn. 259. Vgl. auch Schaumann, S. 112.
 - 5) Vgl. Götz, S. 268 ff.; auch Rübner, S. 411 ff..

gleichen wirtschaftlichen Nutzen für die Gemeinde verweisen, oder befindet es sich in der gleichen Notlage, darf es auch die gleiche Förderung verlangen. Gibt es keine sonstigen sachgemäßen Gründe für eine ungleiche Behandlung, hat die Kommunalverwaltung nur die Wahl, die Hilfe beiden Betrieben zu gewähren oder ganz zu unterlassen¹⁾. Dieses gilt auch für eine Unterstützung aller schwächeren Unternehmen einer Branche. Die Erkenntnis, daß die Wirtschaftssubventionen von starkem Einfluß auf die Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 GG) konkurrierender Unternehmer sind²⁾, wirft auch für den gemeindlichen Bereich das noch weitgehend ungeklärte Problem auf, ob der in seiner Wettbewerbslage Beeinträchtigte grundsätzlich allein auf den Gleichheitssatz verwiesen oder möglicherweise auch in seinem grundrechtlich geschützten Eigentum (Art. 14 GG) betroffen ist. Die Autoren³⁾, die diesen Fragenkreis behandeln, sprechen sich zwar mit Ausnahme von Ipsen⁴⁾ für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Eigentumsgrundrechts aus, sind sich aber über die Kriterien seines Schutzes noch ganz im unklaren. Zutreffende Prämisse ist die Feststellung, daß Subventionen, wenn sie einzelnen von mehreren gleich situierten Bewerbern vorenthalten werden, deren unternehmerische Vermögensverhältnisse und wettbewerbliche Position im Vergleich zu ihren Konkurrenten ungerechtfertigt

-
- 1) Vgl. auch Götz, S. 264; Haak, S. 159 f.. - Zum Gebot gleicher Berücksichtigung der Wettbewerbslage vgl. ferner BGH, Urt.v. 30.4.1959, DÖV 1959, S. 710 f. (710).
 - 2) So etwa Maunz, S. 3; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 64, 66, 69; Ipsen, VVDStrL 25, S. 267, 301; H.J. Wolff III, § 138 IV. b) 3. α), S. 142.
 - 3) Ehlermann; Bellstedt, S. 167 f.; Hamann, BB 1962, S. 505 ff.; Bitter, S. 90; Friauf, S. 732 f., 738; Götz, S. 274 ff.; Ipsen, ebd., S. 301 ff.; Zacher, S. 363 ff., insbes. 366 ff.
 - 4) Ebd., S. 267, 303, 307 (Leitsatz 19), 445; s. aber auch S. 302, wo Ipsen nur davon spricht, daß sich primär sicherlich nicht Art. 14, sondern das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit anbiete. Verneinend auch H.J. Wolff III, § 154 V. b) 3., S. 221.

verschlechtern, demnach wie eine Enteignung wirken¹⁾.

Auf der anderen Seite ist der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG gegenständlich eindeutig auf bereits Zugeeignetes fixiert²⁾. Daran ist auch im Subventionsrecht festzuhalten. Daher sind bloße Chancen, ja selbst Ansprüche auf Subventionen regelmäßig noch kein Eigentum³⁾. Das gilt erst recht, wo - wie im Kommunalbereich - spezialgesetzliche Regelungen fehlen, Art, Umfang und Inhalt der begehrten Förderungsmaßnahme sich erst aus dem Gleichheitssatz ergeben. Ausnahmsweise aber ist mit Zacher⁴⁾ von vermögenswerten, enteignungsfähigen Rechten auszugehen, wenn Subventionen etwa durch verbindliche Zusage und vertrauensvolle Ins Werksetzung schon in das individuelle Eigentum hineingewachsen sind.

Von diesen seltenen Fällen abgesehen, liegt die entschädigungspflichtige Benachteiligung des diskriminierten Unternehmers nicht (auch) in der Verweigerung der Begünstigung als solcher, sondern (allein) in ihrer Auswirkung auf seine wirtschaftliche Situation⁵⁾. Allerdings ist auch hier wieder-

1) So Zacher, S. 368.

2) Ebd., wo Zacher zutreffend betont, daß die übliche Behauptung, Subventionen seien kein Eigentum (z.B. Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für Apelt, 1958, S. 13 ff. (53); H.J. Wolff III, § 154 V. b) 3., S. 221) zu pauschal sei. Vgl. dens. auch S. 369; ferner Ehlermann, S. 80 f.

3) S. Hamann, BB 1962, S. 506; Götz, S. 278 ff.; H.J. Wolff III, § 154 VII., S. 223.

4) S. 367/8; vgl. dazu auch Friauf, S. 738; Götz, S. 280, beide mit Nachweisen.

5) Vgl. etwa Hamann, BB 1962, S. 505 ff.; Götz, S. 274 ff.; Zacher, S. 366 ff.; ferner oben S.155 Fußn. 3.

rum nicht jede ungleiche Gewährung (eigentums-)grundrechtlich relevant. Verschont gebliebene Betriebe können sich in der Tat nicht auf eine Beeinträchtigung ihrer wettbewerblichen Position berufen, wenn von einem Schadensereignis betroffenen Konkurrenzbetrieben Nothilfe geleistet, dadurch lediglich die ursprüngliche Lage wiederhergestellt wird¹⁾. Gleich stark Betroffenen jedoch ist auch gleiche Unterstützung zu gewähren, andernfalls nicht weniger ein enteignender Eingriff in die Substanz des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes"²⁾ vorliegen kann als bei allen sonstigen unsachlich differenzierenden kommunalen Subventionsmaßnahmen.

Damit sind aber noch nicht alle denkbaren Eigentumsbeeinträchtigungen erfaßt. Wirken sich wirtschaftsfördernde Subventionen ungünstig auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht subventionierter Wettbewerber aus, stellt sich häufig das sehr schwierige Abgrenzungsproblem, ob sie noch eine grundgesetzlich zugestandene Inhaltsbestimmung des Eigentums oder schon einen enteignenden Eingriff in fremdes Vermögen enthalten³⁾. Daß es nicht mit dem Hinweis auf die Verletzung des Gleichheitssatzes zu lösen ist, versteht sich im Zeichen der "Willkür"-Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

1) Hier fehlt es mit Zacher, S. 369, an einem effektiv ungleichen Angriff auf das bestehende Eigentum. Friauf, S. 732, spricht von wettbewerbsneutralen Subventionen. Vgl. auch Köttgen, Fondsverwaltung, S. 54, 66; Rübner, S. 231/2; Ipsen, VVDStrL 25, S. 301/2, der die Subventionen im kulturellen und sozialen Bereich als wettbewerbsneutral bezeichnet.

2) Vgl. Götz, S. 275 f., mit Nachweisen zum Streit um den Schutzbereich des Art. 14 GG; Hamann, BB 1962, S. 506.

3) S. Götz, S. 275 f., dessen Ausführungen sich auf die gesetzlosen kommunalen Förderungsmaßnahmen ohne weiteres übertragen lassen. Vgl. auch Rübner, S. 232; Zacher, S. 366, unter Hinweis auf Bellstedt, S. 168; ders., S. 368.

gerichts von selbst¹⁾. Denn sonst könnten gemeindliche Begünstigungen ansiedlungsbereiter ertragsträchtiger Großunternehmen die Wirtschaftsfreiheit kleinerer örtlicher Betriebe der gleichen Branche vernichtend treffen, ohne daß es an sachlich einleuchtenden Gründen hierfür fehlen würde. Die Lösung ist vielmehr den Grundgedanken der entsprechend heranzuziehenden Gemeindeordnungen der Länder über den zulässigen Umfang wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen (in NW §§ 69 ff. GO) zu entnehmen²⁾, die diesen eine wettbewerbsrelevante Beeinflussung des privaten Wirtschaftsablaufs durch Subventionen nur gestatten, wenn ein öffentlicher Zweck sie (dringend) gebietet und das Subsidiaritätsprinzip beachtet ist³⁾. Daran wird es aber in aller Regel bei der Subventio-

-
- 1) Vgl. die seit BVerfGE 1, S. 14 ff. (52), v. 23.10.1951, std.Rspr.; aus letzter Zeit BVerfGE 12, S. 341 ff. (348), Beschl.v. 16.5.1961: "... Wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die ... Differenzierung oder Ungleichbehandlung nicht finden läßt". - S. ferner Götz, S. 276.
 - 2) Dafür Möller, Subventionsverwaltung, S. 84; ders., Wirtschaftsförderung, S. 49, 142, 183; Zimmermann, S. 220; Köttgen, Spielraum, S. 53, unter Hinweis auf Schattenfroh, S. 290; Götz, S. 316 f., wenn auch mit dem gewiß begründeten Bedenken, daß weder die Bestimmungen über das "Gemeindevermögen" (z.B. §§ 62 ff. GO NW; Art. 61 ff. GO Bayern; §§ 92 ff. GO Hessen) noch die Vorschriften über "Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde" (z.B. §§ 98 ff. GO Hessen; Art. 75 ff. GO Bayern) im eigentlichen Sinne auf die Eigenart der Wirtschaftssubventionierung zugeschnitten sind. Daß damit allein der Problematik kommunaler Wirtschaftsförderung nicht gesteuert werden kann, hebt Zacher, S. 386 Fußn. 385, zu Recht hervor. Zu den Schwierigkeiten gesetzlicher Regelung jedoch vgl. die früheren Darlegungen. - Dagegen Gönnerwein, S. 499; Surén, S. 186 f. und die weiteren auf S. 187 Fußn. 12 angegebenen Kommentare.
 - 3) Vgl. dazu Köttgen, ebd., S. 21, 23 f., 41, insbes. S. 53; H.J. Wolff III, § 154 III. b) 1., S. 219, V. b) 1., S. 221, mit Nachweisen; Götz, S. 317; Ipsen, VVDStrL 25, S. 292/3; Adenauer, S. 903 f.; Möller, ebd., S. 114 ff.; ders., ebd., S. 49 f., 142/3, 183; VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (624); allgemein Stern-Püttner, S. 174 ff.

nierung privatwirtschaftlicher Unternehmen fehlen, es sei denn, sie erfüllten Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge¹⁾.

Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht gesagt, daß jede gemeindliche Unterstützung solcher Betriebe einen ent-eignenden Eingriff in die Eigentumsverhältnisse ihrer Kon-kurrenten bedeutet. Eine Minderung ihrer Ertragslage wird von den nicht geförderten Unternehmen jedenfalls insoweit hinzunehmen sein, als sie nicht unmittelbar kausal gerade auf der Subventionierung, sondern auf der veränderten Wett-bewerbssituation selbst beruht.²⁾ Denn insoweit - aber auch nur insoweit - gibt es kein Recht auf Wahrung des ursprüng-lichen Besitzstandes. Wohl aber besteht ein Anspruch darauf, daß sich die Kommunen bei Förderung ihrer Wirtschaft jeder Wettbewerbsverfälschung durch ungleich vergebene aufwands-mindernde oder ertragsteigernde Subventionen enthalten³⁾. Wirtschaftsförderung heißt nicht Bevorzugung einzelner un-ter Beeinträchtigung anderer. Ipsen⁴⁾ spricht zutreffend vom

1) So zutreffend Möller, Subventionsverwaltung, S. 93; ders., ebd., S. 143, 145, 183; Zimmermann, S. 220.

2) Vgl. Möller, ebd., S. 181; ders., ebd., S. 184. - Auch die neuere Rspr. des BGH verlangt zur Annahme eines ent-eignungsgleichen Eingriffs, daß eine staatliche Maßnahme unmittelbare Auswirkungen auf das Eigentum i.S. des Ent-eignungsrechts hat; so Urt.v. 14.10.1963, NJW 1964, S. 104; BGHZ 37, S. 44 ff. (47), Urt.v. 15.3.1962; u.a.m.. Die Schwierigkeiten dieser Feststellung im Einzelfall sind jedoch nicht zu übersehen.

3) Möller, Wirtschaftsförderung, S. 183/4 - Die Gemeinden haben kein Recht, aus dem Gesichtspunkt wirtschaftspoliti-scher Opportunität eine ungleiche Umstrukturierung der privatwirtschaftlichen Verhältnisse zu betreiben. Damit ist ihnen Wirtschaftsförderung noch nicht unmöglich ge-macht. Es bleibt im wesentlichen die Verbesserung der all-gemeinen Standortfaktoren, vordringliches und auch prak-tisch wichtigstes und entscheidendes kommunales Förde-rungsmittel.

4) VVDStrL 25, S. 303.

"Grundrechtsschutz auf Respektierung der wettbewerblichen Ausgangslage"¹⁾. Wann in concreto jedoch die Schutzwirkung des Art. 14 GG ausgelöst wird, bleibt einer Analyse des Einzelfalles vorbehalten.

II. Das Verbot unzulässiger Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke bei privatrechtlichem Handeln²⁾

Nicht geringere juristische Aufmerksamkeit als die grundrechtswidrige Verweigerung oder Gewährung gemeindlicher Leistungen verdient die verbreitete Praxis der Kommunen, ihre gesetzessfreien Begünstigungen davon abhängig zu machen, daß sich der Einwohner ihren Vorstellungen und Wünschen gemäß verhält³⁾. Sie ist von Ausnahmefällen abgesehen sicherlich weniger suspekt, als das Ausmaß der Kritik an ihr auf den ersten Blick vermuten läßt. Ja, in einigen Fällen, insbesondere bei Vergabe von Subventionen, u.U. aber auch von Aufträgen und bei der Daseinsvorsorge, ist es nicht nur legitim, sondern sogar geboten, die Empfänger durch die schon erwähnten Vertragsbestimmungen oder auf sonstigem Wege einer gewissen Beschränkung ihrer Freiheit zu unterwerfen⁴⁾. Hinzu kommt,

1) Das folgt schon daraus, daß jede Subventionierung eines Unternehmens auch mit Steuergeldern der Konkurrenten vorgenommen wird.

2) Mit Dombrowski, S. 15 f., mit Hinweisen, 114, wird der Begriff der Koppelung hier in dem weitgefaßten verwaltungsrechtlichen Sinn der Verknüpfung verschiedener Verwaltungszwecke bzw. -aufgaben aus eigener Machtvollkommenheit der Behörde verstanden. Enger faßt Bullinger, S. 105 ff., Koppelung als das Vermengen hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltungsmittel.

3) S. die Ausführungen oben S. 52 mit Fußn. 1.

4) Vgl. Schaumann, S. 112, insbes. 113; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 140; Rübner, S. 392; allgemein dazu Dombrowski, S. 17, 19, speziell S. 36. S. auch oben S. 61 mit Fußn. 1.

daß die privaten Partner etwa der gemeindlichen Subventionsverwaltung, wie bereits aufgezeigt¹⁾, vielfach stark genug sind, eine auch ihren Interessen dienende einvernehmliche Regelung zu erzielen, mögen sie im übrigen auf die Verwaltungsleistungen auch mehr oder minder unausweichlich angewiesen sein.

Wo die privaten Partner auf die Verwaltungsleistungen angewiesen sind, gilt es aber, mit allem Nachdruck jedem Versuch der öffentlichen Hand entgegenzutreten, ihre Machtposition dem einzelnen gegenüber in unzulässiger Weise zur Geltung zu bringen²⁾. Ob sich die handelnde kommunale Behörde ausbedingt, daß der Begünstigte ihr selbst oder einer anderen Behörde gegenüber nach ihrem Willen verfare oder für eine (privatrechtsförmige) Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung erbringe, alle diese Sachverhalte sollen hier unter dem Begriff der Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke abgehandelt werden³⁾. Einen, wenngleich geringen, Ausschnitt möglicher unsachlicher Koppelungsgeschäfte erfassen die Nachfolgebestimmungen des § 73 der früheren DGO in den einzelnen Gemeindeordnungen der Länder (in NW § 77 GO) mit deren Verbot für gemeindliche Monopolunternehmen⁴⁾. Das Hauptgewicht kommt demgegenüber der Frage nach dem Verhältnis auch der vertraglichen Nebenabreden zu den Grundrechtsbindungen zu.

-
- 1) Oben S. 59ff. mit den entsprechenden Nachweisen, S. 99 mit Fußn. 3.
 - 2) So auch Willigmann, S. 753 ff.; ders., S. 229 ff.; Dombrowski, S. 20, 37, mit Hinweisen.
 - 3) Im Anschluß an Willigmann, ebd.; Dombrowski, S. 15 f., 20 f., 114.
 - 4) Vgl. dazu Badura, Verwaltungsmonopol, S. 272, insbes. Fußn. 52, wo er zutreffend darauf hinweist, daß auch die Mißbilligung derartiger Koppelung dogmatisch aus den ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsmäßigen Verwaltens, nicht aus der Lehre vom Monopolmißbrauch zu entwickeln sei. Vgl. auch Dombrowski, S. 15. - In Bayern ist die Rechtsfolge mangels entsprechender Regelung § 134 BGB zu entnehmen.

Sie verlangt die Überprüfung der vielzitierten Behauptung *volenti non fit iniuria* und der darin beschlossenen Möglichkeit eines begrenzten Grundrechtsverzichts; aber auch die Klärung der Beziehungen zwischen den Grundrechten und den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kriterien. Schließlich verdient noch die Verwendung privatvertraglicher Gestaltung zur Durchsetzung hoheitlicher gemeindlicher Verwaltungsziele Beachtung.

Ist die kommunale Nichteingriffsverwaltung in privatrechtlichen Formen prinzipiell den Verfassungs- und sonstigen öffentlichrechtlichen Schranken unterworfen, kann sie sich ihnen folgerichtigerweise auch nicht dadurch entziehen, daß sie die begehrten Leistungen zwar gewährt, sich jedoch tiefgreifende und einschneidende Einwirkungsmöglichkeiten auf "Freiheit und Eigentum" der Empfänger vorbehält¹⁾. Ansonsten könnte dem Bürger auf dem Umweg vertraglicher "Vereinbarungen" unter Umständen mehr genommen werden, als ihm zuvor gegeben wurde²⁾. Vielmehr ist jede Vertragsbestimmung nichtig, die ihm grundrechtswidrige Verpflichtungen auferlegt. Diese Feststellung gilt uneinschränkbar. Sie besagt, daß alle Bemühungen in der Literatur³⁾, die Grenzen der Grund-

1) Vgl. Haak, S. 134 f.; Friauf, S. 737.

2) Vgl. Krüger, VVDStrL 11, S. 138; ders., DVBl 1955, S. 387, 451; Schaumann, S. 112; Zuleeg, Rechtsform, S. 74.

3) S. etwa Zeidler, VVDStrL 19, S. 236; Rübner, S. 291/2, der vor allem die nie nachprüfbare "Freiwilligkeit" beachtet wissen will; Bogs, S. 1272; Ipsen, VVDStrL 25, S. 267; ferner die bei Zacher, S. 343 Fußn. 160, genannten Autoren. - Das "sichtliche Unbehagen", das Zacher, ebd., zutreffend bei ihnen konstatiert, sollte richtigerweise zum Anlaß genommen werden, der nichthoheitlichen Verwaltung gegenüber den Satz *volenti non fit iniuria* und die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts mit ihrer vorausgesetzten "Freiwilligkeit" ganz aufzugeben. Übernimmt der einzelne vertraglich zulässige öffentliche Pflichten, ist sein freier Wille in den Grenzen des bürgerlichen Rechts unmaßgeblich; sind die auferlegten Pflichten jedoch unzulässig, kann auch sein Wille sie nicht rechtfertigen. Vgl. dazu auch die Hinweise bei Zacher, S. 339 Fußn. 141.

rechtsbindung für die vertragsförmige Verwaltung vom Willen des Betroffenen her zu bestimmen, schon im Ansatzpunkt verfehlt sind. Nur gegenüber dem privaten Partner, nicht aber der Macht des Staates, vermag ein "echter" Rechtsverzicht des Einwohners relevant zu werden. Ihre Schranken sind einem objektiven Kriterium zu entnehmen, als welches im gemeindlichen Bereich mangels materieller Normen nur die potentielle Regelbarkeit der Grundrechtsgeltung für den einzelnen durch Gesetz in Frage kommt¹⁾.

Diese Auffassung trägt den unterschiedlichen Stärkegraden der öffentlichrechtlichen Gebundenheit von Eingriffs- und (privatvertraglicher) Nichteingriffsverwaltung und zugleich der Einsicht Rechnung, daß ein Hoheitsträger niemals zulässigerweise gegen seine eigenen Grundsätze verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Natur verstoßen darf, auch nicht mit "Einwilligung" des Betroffenen²⁾. Jene lassen sich hiernach äußerstenfalls bis zur Unantastbarkeit ihres Wesensgehaltes³⁾, diese überhaupt nicht zu einem "Handelsobjekt" machen. Mag man⁴⁾ dennoch auch weiterhin von "Grundrechtsverzicht" des einzelnen in seinen Rechtsbeziehungen zur staatlichen Nichteingriffsverwaltung sprechen, so doch zutreffenderweise nur in dem beschränkten Sinne einer Inkaufnahme schon an sich rechtsstaatlich zulässiger, nicht aber im Sinne einer Legitimierung an sich unzulässiger Bindungen. Als Maßstäbe dienen

1) Vgl. Zacher, S. 344; auch Friauf, S. 737; Willigmann, S. 232.

2) Zu den Bedenken gegen eine "Einwilligung" s. auch Krüger, DVBl 1955, S. 384; Maunz, S. 3; Willigmann, ebd.; Möller, Subventionsverwaltung, S. 165 f.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 65 f.; Bogs, S. 1272; Friauf, ebd..

3) Vgl. Zeidler, VVDStrL 19, S. 236 (allerdings noch fragend); Schaumann, S. 113, unter Hinweis auf Köttgen, DVBl 1953, S. 488; Bogs, ebd.; Zacher, S. 344.

4) S. oben S. 162 Fußn. 3.

die Art der staatlichen Leistung, der Abhängigkeitsgrad des Empfängers von ihr, ihr Wert für ihn sowie der mit ihr angestrebte öffentliche Zweck¹⁾. Das bedeutet, daß dem Vorschlag Schaumanns²⁾ entsprechend die Grundrechtsanwendung durch die verwaltungsrechtlichen Kriterien wie Zweck- und Kompetenzzusammenhang³⁾, Übermaß- und Willkürverbot modifiziert, allerdings in bestimmten Fällen auch ergänzt wird.

Aus all dem folgt, daß beispielsweise Einwirkungen der Kommunen auf die Religions- und Meinungsfreiheit sowie die Freiheit der Berufswahl ihrer Bürger über die Subventions- bzw. Auftragsvergabe oder auch über die Vermietung eines Gebäudes schlechthin unerlaubt sind⁴⁾. Dagegen ist es zulässig, die Subventionierung eines Unternehmens davon abhängig zu machen, daß es auch fernerhin im Gemeindegebiet bleibt und damit Dauerarbeitsplätze schafft, die Produktion bestimmter Güter steigert, anderer beschränkt oder sich sonst einer angemessenen Verwendungskontrolle der Finanzhilfe unterwirft. Denn insoweit handelt es sich um erforderliche, der Sicherung des erstrebten Förderungszwecks dienliche Gegenleistungen⁵⁾. Desgleichen muß die Auftragserteilung an eine Baufirma jedenfalls dann von der Beschäftigung ortsansässiger Bauarbeiter oder der vertraglichen Zusage, sich bei Ausschreibungen für

-
- 1) Vgl. dazu Zacher, S. 344; Ipsen, Subventionierung, S. 79 f.; Schaumann, S. 114; Möller, Subventionsverwaltung, S. 166.
 - 2) S. 114; vgl. auch Zacher, ebd., mit zahlreichen Nachweisen; Ipsen, VVDStrL 25, S. 300, der darin eine hinreichende rechtsstaatliche Sicherung der Subventionsverträge sieht.
 - 3) Vgl. dazu Dombrowski, S. 25, 37/8, 40 ff.; insbes. 44, 46, 88; Willigmann, S. 753 ff.; ders., S. 230; Krüger, DVBl 1955, S. 386; Henze, S. 110; Budde-Hupfauer, S. 85; Maunz, S. 4; Zuleeg, Rechtsform, S. 74; Bitter, S. 88; Rübner, S. 336.
 - 4) Vgl. Krüger, ebd., S. 384; Möller, Subventionsverwaltung, S. 166; Bitter, ebd.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 60; Rübner, S. 391 Fußn. 203.
 - 5) Vgl. Schaumann, S. 113; Henze, S. 112; Möller, Subventionsverwaltung, S. 166; Rübner, S. 392; auch Götz, S. 45 f.; VG Münster, Urt.v. 18.12.1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (624).

den Schulhausbau in einem anderen Stadtteil nicht zu bewerben¹⁾, abhängig gemacht werden dürfen, wenn damit sozialpolitische Ziele, die Arbeitsplätze der Gemeindebewohner zu erhalten oder in Schwierigkeiten geratenen branchengleichen Unternehmen die Möglichkeit dieses Auftrags zu verschaffen, angesteuert werden²⁾. Eine Entscheidung kann aber jeweils nur im Einzelfall getroffen werden³⁾.

Von seiner Ausgestaltung hängt es auch ab, ob die kommunale Behörde, die sich von einem durch Subventionen oder Aufträge geförderten Industriebetrieb zusichern läßt, daß er ein Grundstück für eine öffentliche Sporthalle zur Verfügung stellen oder bestimmte Bauarbeiten unentgeltlich übernehmen werde, rechtmäßig handelt⁴⁾. Denn die Verfolgung fiskalischer Belange ist der öffentlichen Hand im Rahmen der Leistungsverwaltung grundsätzlich nicht verwehrt⁵⁾. Dem entgegen ist es in aller Regel rechtsstaatswidrig, durch Androhung von Leistungsverweigerung oder -entzug den einzelnen zu einem erwünschten Verhalten gegenüber einem anderen kommunalen Amt zu bewegen, es sei denn, daß zwischen den verbundenen Angelegenheiten ausnahmsweise ein vernünftiger Sachzusammenhang besteht⁶⁾. So wäre die Klausel in den allgemeinen Lieferungsbedingungen eines gemeindlichen Versorgungsbetrie-

1) Beispiele nach Zeidler, VVDStrL 19, S. 236 f. - Vgl. auch Bogs, S. 1272.

2) S. dazu auch Haak, S. 146.

3) So richtig Haak, S. 135, bezüglich der Auftragsvergabe.

4) Vgl. dazu Ipsen, Subventionierung, S. 80; Möller, Subventionsverwaltung, S. 59 f.; Maunz, S. 4, dessen genereller Verzicht auf einen unmittelbaren Zweckzusammenhang zwischen Leistung und auferlegter Gegenleistung jedoch bedenklich ist. Zu eng dagegen wohl Henze, S. 110; Zuleeg, Rechtsform, S. 74; Dombrowski, S. 37 ff..

5) Vgl. Dombrowski, S. 80; BGH, Urt.v. 14.7.1966, DÖV 1966, S. 795 ff. = DVBl 1967, S. 36 ff..

6) S. Dombrowski, S. 40 ff., insbes. 42 ff., 45 ff.; Willigmann, S. 753 ff., beide mit erschöpfenden Nachweisen. - Das ist nur dann der Fall, wenn die verbundenen Angelegenheiten ihrem Gegenstande nach zusammenhängen.

bes nichtig, die die Einstellung der Belieferung vorsähe, wenn jemand den Anordnungen des städtischen Wohnungs- oder Finanzamtes nicht Folge leistete¹⁾. Die kommunale Auftrags- und Subventionsverwaltung dagegen könnte zu Recht die pünktliche Bezahlung der Steuern und anderen öffentlichen Abgaben zur Voraussetzung einer Vergabeentscheidung machen²⁾. - Daraus ergibt sich, daß das Verbot, privatrechtliches und hoheitliches Handeln zu vermengen³⁾, nur einen Unterfall des Kompetenzproblems darstellt.

III. Die Anwendung des GWB auf das privatrechtliche Handeln der Gemeinden

Der hier erneut versuchte Nachweis, daß entgegen der herrschenden Auffassung die gesamte privatrechtsförmige Verwaltung, nicht nur ein unbestimmbarer, sog. verwaltungsprivatrechtlicher Bereich, den öffentlichrechtlichen Handlungsgrundsätzen unterfalle, kann nicht ohne Auswirkungen auf das Problem der Geltungskraft auch des GWB auf der kommunalen Ebene sein, das diesen Fragenkreis der Bindungen beschließen soll. Nach § 98 GWB findet das Gesetz mit den dort genannten Ausnahmen "auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden". Dabei wird der Unternehmensbegriff vom Zweck des GWB her, den freien Wettbewerb zu sichern, über-

-
- 1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 93 f., 281; Bullinger, S. 106/7; Willigmann, S. 753, 755, 756 f.; Dombrowski, S. 13, 40, jeweils wiederum mit umfangreichen Hinweisen.
 - 2) So zutreffend Rüfner, S. 393; vgl. allgemein auch Dombrowski, S. 45 ff., der hier ebenfalls eine kompetenzmäßige gerechtfertigte Koppelung annehmen würde.
 - 3) Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch, S. 93 ff.; Bullinger, S. 105 ff.; Willigmann, S. 230; Dombrowski, S. 51 Fußn. 10, S. 88; und die dortigen Nachweise.

wiegend funktional bestimmt¹⁾. Nimmt ein Hoheitsträger im Geschäftsverkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen wie ein privates Unternehmen am Marktgeschehen teil, unterliegt auch er den Bindungen des Gesetzes, ohne Rücksicht auf seine Organisationsform und den öffentlichen Endzweck seiner Tätigkeit²⁾.

Diese funktionale Betrachtungsweise in Verbindung mit den genannten grundsätzlichen Bedenken gegen eine Aufspaltung des (gemeindlichen) privatrechtlichen Verwaltungshandelns nach unmittelbarer und bloß mittelbarer öffentlicher Aufgabenerfüllung besagt, daß das sog. Verwaltungsprivatrecht von den Regeln des GWB nicht ausgenommen sein kann³⁾. Sie führt vielmehr zu Forsthoffs⁴⁾ Überlegungen, daß es Sache der (kommunalen) Verwaltung sei, darüber zu entscheiden, ob sie ihre privatrechtsförmigen Aufgaben im freien Spiel der Kräfte auf dem Markt oder nur mit verwaltungspolitisch erforderlichen

-
- 1) Vgl. etwa Badura, Verwaltungsmonopol, S. 35 Fußn. 54; Stern-Püttner, S. 69; Müller-Henneberg, § 1 Rdnr. 2-4, § 98 Rdnr. 5; Schmidt-Huth, S. 1107 f.; Mees, S. 542 ff.; BGH, Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff. (180). Anders aber von Köhler, S. 217 f., mit dem nicht zutreffenden Hinweis auf die spezifischen Bindungen und Funktionen der öffentlichen Hand, ferner auf Art. 28 Abs. 2 GG speziell für die gemeindliche Verwaltung.
 - 2) So richtig Badura, ebd., S. 34 mit zahlreichen Nachweisen in Fußn. 49 f.; Forsthoff, Auftraggeber, S. 28 f.; Schmidt-Huth, S. 1108; Stern-Püttner, S. 81; BGH, ebd.; u.a.m. - Verwalten und Wirtschaften sind eben, wie ausgeführt, nicht generell Gegensätze.
 - 3) Dieser Auffassung sind jedoch Schmidt-Huth, S. 1108 ff.. Im Ergebnis wie hier dagegen Bullinger, Recht, S. 103 Fußn. 352.
 - 4) Auftraggeber, S. 29 f.; ähnlich auch Badura, Verwaltungsmonopol, S. 35, nach dem der Begriff des "Unternehmens der öffentlichen Hand" nicht erfüllt ist, wenn der Verwaltungsträger nur scheinbar "am Wirtschaftsverkehr" teilnimmt, in Wahrheit aber wirtschaftspolitische oder sonstige öffentliche Funktionen ausübt. Vgl. auch Haas, S. 305; BGH, Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff (180).

dirigistischen Maßnahmen sachgerecht erfüllen könne. Würden durch begründete gesetzliche Bestimmungen etwa bevorzugt zu berücksichtigende Personenkreise geschaffen oder Materien verwaltungseigener Regie übertragen, werde ein marktrelevantes Verhalten insoweit ausgeschlossen und eine Berufung auf das GWB unmöglich gemacht. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Es bestehen aber einerseits die verfassungsrechtlichen Bedenken, daß die grundgesetzlich geregelte Bundesaufsicht über die Länder und Gemeinden um die Aufsicht der Kartellbehörden erweitert würde¹⁾, andererseits ist es erforderlich, auch den modernen Wirtschaftsstaat den marktwirtschaftlichen Gesetzen zu unterwerfen. Forsthoffs²⁾ Versuch, dieses Problem dadurch zu lösen, daß er Verwaltungsobliegenheiten in zwei Ablaufphasen zerlegt, ruft erhebliche Zweifel hervor. Es sei hier nur an sein eigenes Beispiel des öffentlichen Bauwesens³⁾ erinnert, wo sich verwaltungsmäßige und marktwirtschaftliche Erwägungen bis zur Durchführung des Projektes überschneiden. Das gilt aber auch für die gemeindlichen Versorgungsunternehmen und die gemeindliche Beschaffungstätigkeit. Entscheidend jedoch ist, daß es, da öffentliches Wirtschaften stets zugleich öffentliches Verwalten ist⁴⁾, gegen die verwaltungsmäßigen Überlegungen absetzbare ausschließlich wirtschaftsmäßige Erwägungen nur fiktiv geben kann. Oder anders ausgedrückt: es bleibt doch stets die Kommunalverwaltung, die der

1) Forsthoff, Auftraggeber, S. 28, 31.

2) Ebd., S. 31 f., allerdings selbst mit Bedenken gegen die strikte Anwendbarkeit seiner These.

3) Ebd., S. 22; s. auch oben S.114 mit Fußn. 3.

4) S. die Ausführungen oben S.122 f.. Dies auch gegen die Ausführung Bullingers, Recht, S. 103 Fußn. 351, daß Art. 84 GG nur die speziell verwaltungsbezogene, nicht aber die allgemein wirtschaftsbezogene Staatsaufsicht abschließend regelt.

zusätzlichen Aufsicht der Kartellbehörden unterläge, auch wenn man sie von einem bestimmten Zeitpunkt an kurzerhand nur noch unter marktwirtschaftlichem Aspekt betrachtet.

Will man gleichwohl auch die öffentliche Verwaltung bei vergleichbarem Handeln an die Grundsätze binden, die sie ihren Bürgern zur Gesetzespflicht gemacht hat, ohne sie einem in der Tat befremdlichen strafgerichtlichen Bußgeldantrag der Kartellbehörden zu unterwerfen¹⁾, kommt allein der von Forsthoff²⁾ ebenfalls - allerdings nur tatbestandlich begrenzt - vorgeschlagene Lösungsweg einer analogen Anwendung des GWB infrage, der die Dienstaufsichtsbehörden an die Stelle der Kartellbehörden setzt. Dieser Weg erscheint den Erfordernissen der privatvertraglichen Gemeindepraxis angemessener und den Intentionen des GWB entsprechender als dessen enge Auslegung unter verfassungs- und verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten.

1) Dagegen primär richten sich die Angriffe von Köhlers, S. 217 ff.

2) Auftraggeber, S. 31 f.

Siebttes Kapitel

Der Rechtsschutz gegenüber privatrechtlichem Handeln der Gemeinden

I. Ansprüche gegen die privatrechtsförmige gemeindliche Verwaltung

1. Leistungsansprüche

Die bisherigen Ausführungen haben hinreichend dargetan, daß sich ein Teilhabeanspruch an den grundsätzlich gesetzesfreien Leistungen der privatrechtlichen Kommunalverwaltung, von den unproblematischen Fällen der Nachfolgevorschriften zu § 17 Abs. 1 DGO und § 6 EnergG abgesehen, nur aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) begründen läßt¹⁾. Die noch weitgehend ungeklärte Frage, ob dem gleichheitswidrig unberücksichtigt gebliebenen Subventionsbewerber die Erschöpfung der Haushaltsmittel entgegengehalten werden kann, ist jedenfalls für den in Rede stehenden kommunalen Bereich

1) Vgl. auch Haak, S. 39; Götz, S. 62 f.; Rübner, S. 383 ff., alle mit Nachweisen. Letzterer hebt auf S. 385, 384 zutreffend hervor, daß der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten nicht deshalb als unzureichend angesehen werden dürfe, weil diesen das (verwaltungsgerichtliche) Bescheidungsurteil (§ 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO) nicht zur Verfügung stehe. Dieses führt nicht anders als eine zivilrechtliche Leistungsklage in praxi nur zum Erfolg, wenn jede andere Entscheidung der Verwaltung pflichtwidrig wäre. - Zur fehlenden Klagemöglichkeit Dritter gegen sie möglicherweise schädigendes staatliches Handeln in Privatrechtsform vgl. Schaumann, S. 114 f..

entgegen H.J. Wolff¹⁾ nicht i.d.R. zu bejahen. Das Verbot der Haushaltsüberschreitung mag auch hier den Vorrang verdienen, wo auf kulturellem oder sozialem Gebiet auf der Grundlage von Richtlinien subventioniert wird, nicht aber, wo - wie im wirtschaftlichen Bereich - lediglich Einzelförderungen vorgenommen werden. Hier hat die Verwaltung die erwähnte Verpflichtung, alle in gleicher Lage Befindlichen zu unterstützen oder von einer Subventionierung ganz abzusehen, andernfalls der Gleichheitssatz jede Rechtswirkung verlöre²⁾.

Außerhalb der Subventionsvergabe und der massetypischen Daseinsvorsorge scheitert eine Verurteilung zum Vertrags-schluß, selbst wenn jede andere Entscheidung der Verwaltung gleichheitswidrig und damit ermessensfehlerhaft wäre, jedoch in aller Regel daran, daß die begehrte Begünstigung, da nur einmal oder in begrenzter Anzahl zu vergeben, nicht mehr gewährt werden kann³⁾.

2. Schadensersatzansprüche

Ist beispielsweise ein Auftrag sachlich ungerechtfertigt erteilt, der infrage kommende Grund und Boden oder das Holz aus Forsten willkürlich veräußert worden, ist ein pflichtwidrig ausgeschlossener Interessent auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen. Ein Recht auf Erteilung eines gleich vorteilhaften Auftrags oder Zuteilung eines vergleichbaren Grundstücks zu gleichen Bedingungen besitzt er nicht,

1) III, § 138 IV. b) 3. β), S. 142; auch Janknecht, S. 98.

2) Vgl. zu dieser Problematik ferner Ipsen, VVDStrL 25, S. 283 f.; Zacher, S. 369; und die dortigen Nachweise.

3) Vgl. Raiser, S. 408; Zuleeg, NJW 1962, S. 2234; Haak, S. 163 ff.; Janknecht, S. 109; Bogs, S. 1272; OVG Münster, Bescheid v. 14.5.1958, DVBl 1959, S. 103.

Denn, ob ein Auftrag zu vergeben, gemeindliches Gelände zu verkaufen ist, stellt eine verwaltungs- und finanzpolitische Ermessensentscheidung der Kommunen dar, die sich gerichtlicher Beurteilung entzieht¹⁾. - Als anspruchsbegründende Vorschriften wegen gleichheitswidrigen Ausschlusses von den privatvertraglichen Gewährungen bieten sich nach herrschender Meinung²⁾ gegen den kommunalen Hoheitsträger nur die §§ 823 Abs. 1 und 2, 826, 89, 31 BGB, gegen den Beamten selbst § 839 BGB an³⁾.

Demgegenüber befürwortet eine beständig wachsende Zahl von Autoren⁴⁾ die Ausdehnung der Staatshaftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB über den hoheitlichen Bereich hinaus auch auf das zivilrechtliche Verwaltungshandeln, allerdings unter Beschränkung auf das hier verworfene sog. Verwaltungsprivatrecht. Man verweist darauf, daß es widersprüchlich sei, über die Grundrechtsbindung den Zweck des staatlichen Handelns entscheiden zu lassen, die Ausübung eines "öffentlichen Amtes" dagegen an die Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen zu knüpfen⁵⁾. Das kann bei der sekundären Rolle, die das Zweckkriterium für uns spielt, nur bedeuten, die Amtshaftungsgrundsätze auf den gesamten privatrechtlichen kommunalen Verwaltungsbereich auszudehnen. Es wäre widersinnig, sie auf die öffentlichrechtlich gewährten Ver-

1) S. auch Haak, S. 162 f.

2) Z.B. Bettermann, S. 867; Siebert, Festschr. für Niedermeyer, S. 243 f.; H.J. Wolff I, § 23 II. b) 4., S. 108; BGHZ 29, 76 ff. (82), Urt.v. 10.12.1958 = JZ 1959, S. 405 ff. (406 f.).

3) Rüfner, S. 385, weist zutreffend darauf hin, daß der Betroffene meistens wegen der verstrichenen Zeit nicht mehr an der vormals begehrten öffentlichen Begünstigung interessiert ist, sondern nur noch an einem Schadenersatzanspruch.

4) Flessa, NJW 1958, S. 1276 f.; ders., DÖV 1959, S. 107; NJW 1959, S. 403 f.; Klebe, S. 53; Hamann, Grundgesetz, Art. 34 Rdnr. B. 3.; Rupp, NJW 1961, S. 812 Fußn. 18; Zuleeg, NJW 1962, S. 2234; Mertens, JuS 1963, S. 392, 395; Rüfner, S. 385 f.; wohl auch Raiser, S. 408; Zeidler, VVDStrL 19, S. 228 Fußn. 87; Bogs, S. 1271 Fußn. (Fortsetzung s.S. 173)

sorgungsleistungen und Subventionen anzuwenden, die privatvertraglichen dagegen von ihnen auszunehmen, obwohl deren rechtliche Bestimmung im Einzelfall, wie aufgezeigt¹⁾, mannigfachen Zweifeln unterliegt, in der Vorsorgeverwaltung oftmals sogar recht willkürlich ist.

Welchen plausiblen Grund sollte es denn geben, die hier aus Zweckmäßigkeitserwägungen gegenwärtig jedenfalls noch als in der Regel privatvertraglich qualifizierte gesetzesfreie gemeindliche Förderungsverwaltung anderen Haftungsgrundsätzen zu unterstellen als die angeblich zweistufige Subventionspraxis des Bundes und der Länder? Auch ist nicht einzusehen, daß eine Amtspflichtverletzung wohl bei kommunaler Vergabe eines Subventionszuschusses, nicht aber eines Subventionsdarlehens begangen werden kann, obgleich sie ihre unterschiedliche rechtliche Gestaltung einzig der Tatsache verdanken, daß für den ersteren eine adäquate zivilrechtliche Rechtsform nicht zur Verfügung steht²⁾.

Weiterhin haftet die öffentliche Hand in manchen Fällen aus culpa in contrahendo auf Ersatz des demjenigen entstandenen Vertrauensschadens, dem gleichheitswidrig eine begehrte Begünstigung versagt wurde³⁾. Doch gilt es zu beachten, daß dieser Anspruch sich über das öffentliche Auftragswesen hin-

Fortsetzung v.S. 172:

35 - Zu den Anzeichen einer sich wandelnden Auffassung auch des BGH vgl. die Hinweise Rüfners, S. 385 f.

5) So etwa Raiser, S. 408.

1) Vgl. oben S. 45 ff., 51 ff..

2) S. oben S. 80 insbes. mit Fußn. 2.

3) Vgl. Raiser, S. 407; Janknecht, S. 108 f.; Rüfner, S. 386, letztere unter Hinweis auf BVerwGE 14, S. 65 ff. (72), Urt.v. 8.3.1962 = NJW 1962, S. 1535 ff. (1537) = DVB1 1962, S. 563 ff. (565) = DÖV 1962, S. 626 ff. (628).

aus nur auf Sachverhalte erstrecken läßt, wo schon von einem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis gesprochen werden kann. Das wird aber vor allem in der gemeindlichen Wirtschaftsförderung durch Subventionen nur ausnahmsweise der Fall sein, da dort ein übergangener Unternehmer, wenn überhaupt, regelmäßig erst nachträglich von der Subventionierung seines Konkurrenten Kenntnis erlangen wird¹⁾. Schließlich gewährt § 35 GWB dem Unternehmer einen Schadensersatzanspruch gegen die Kommunalverwaltung, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen seinen Schutz bezweckende Vorschriften dieses Gesetzes verstößt, unter denen dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB besondere Bedeutung zukommt²⁾. Auf eventuelle Entschädigungsansprüche wegen enteignungsgleichen Eingriffs sei lediglich der Vollständigkeit halber nochmals hingewiesen³⁾.

3. Feststellungsklage

Der Vollständigkeit wegen soll auch die Klagemöglichkeit auf Feststellung der Nichtigkeit erwähnter diskriminierender Leistungsbedingungen oder ungerechtfertigter Vertragsgestaltungen angemerkt werden⁴⁾.

-
- 1) Vgl. auch Rüfner, ebd., der gleichfalls die Bewerbung um eine Subvention zur Voraussetzung erhebt.
 - 2) S. dazu Badura, Verwaltungsmonopol, S. 268; Bogs, S. 1272; Rüfner, S. 367 Fußn. 85; ferner BGH, Urt.v. 26.10.1961, JZ 1962, S. 176 ff. (179), der auch auf den darüber hinaus aus § 26 Abs. 2 GWB folgenden Kontrahierungszwang hinweist. Vgl. hierzu auch Badura, ebd., mit weiteren Nachweisen.
 - 3) S. im übrigen die Ausführungen oben S.155 ff.. - Zur Voraussetzung hoheitlichen Handelns wird auf die Ausführungen zur Staatshaftung verwiesen.
 - 4) Dabei ist es u.E. gerechtfertigt, ermessensfehlerhafte Vertragsbestimmungen auch dann wie Grundrechtsverstöße zu behandeln, wenn sie ausnahmsweise nicht zugleich einem Grundrecht, insbesondere dem Gleichheitssatz, zuwiderlaufen. Das folgt schon aus der - oben S. 164 - vorgenommenen Modifizierung der Grundrechtsanwendung durch die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kriterien. Außerdem hängt es oftmals nur (Fortsetzung s.S. 175)

II. Der Rechtsweg

Nach § 13 GVG sind für alle aus den privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Gemeinde und Bürger entspringenden Rechtsstreitigkeiten die ordentlichen Gerichte zuständig. An dieser eindeutigen Rechtswegzuweisung nach der Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs ist auch festzuhalten, wenn die zivilrechtlichen Formen der Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben dienen¹⁾. Alle Versuche, unter Abstellen

von der Zufälligkeit gleichgelagerter Sachverhalte ab, ob ein Ermessensfehler im Einzelfall auch den Gleichheitssatz verletzt. Daß das Zivilrecht grundsätzlich geeignet ist, sowohl durch die Grundrechte wie durch allgemeine öffentlichrechtliche Bindungen eingeschränkt zu werden, betonen im Gegensatz zu Zuleeg, Rechtsform, S. 82, auch Mertens, JuS 1963, S. 395 f., und Rübner, S. 380 f.; LG Hambg., Urt. v. 5.2.1960, DVBl 1960, S. 289 ff. (290). Zu den Nichtigkeitsgründen der §§ 134, 138 BGB und ihrer notwendigen Modifizierung durch § 139 BGB vgl. Krüger, DVBl 1955, S. 456; Raiser, S. 407; Klebe, S. 52; Rübner, S. 381, 382/3, 393, 395; Zuleeg, ebd., S. 75, unter Hinweis auf BGH, Urt.v. 30.5.1958, NJW 1958, S. 1772, Nr. 4; s. schließlich Haak, S. 39, der den Rechtsgedanken aus § 162 BGB anwenden will.

- 1) Vgl. auch Zeidler, VVDStrL 19, S. 239; Götz, S. 57; Badura, JuS 1966, S. 17 f.. - Das muß andererseits richtigerweise dazu führen, die Ansprüche aus § 6 EnergG und den Nachfolgevorschriften zu § 17 DGO gegen die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen unabhängig von deren (privatrechtlicher) Organisationsform oder (privatrechtsförmiger) Leistungsgewährung als öffentlichrechtlich zu betrachten. Aus der umfangreichen Literatur wie hier etwa List, S. 109 f., 113; ferner Hölzl, Art. 23 Anm. II 5; Eiser-Riederer, § 6 EnergG Anm. 3 b und 8 a (für § 6 EnergG); Huber, S. 161; Siebert, DÖV 1959, S. 736; Klebe, S. 51, 58; von Jacobs, S. 39; H.J. Wolff, ArchKommWiss., S. 173; Badura, JuS 1966, S. 19; BayVerfGH, Urt.v. 20.6.1956, VGHE n.F. 9 II, S. 114 ff. (119) = DÖV 1956, S. 499 f. (für die Nachfolgevorschriften zu § 17 DGO); a.A. etwa Bay VGH, Urt.v. 21.6.1954, Bay VBl 1955, S. 59 ff. (60); Hurst, S. 840 ff.; Badura, Verwaltungsmopol, S. 270 (für § 6 EnergG); Salzwedel, DÖV 1963, S. 242; Obermayer in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 279; Rübner, S. 376 FuBn. 128, S. 383/4 (für die Nachfolgevorschriften zu § 17 DGO).

auf das Materiale zumindest die (kommunalen) Subventions- und Vorsorgeverhältnisse rein öffentlichrechtlich oder wenigstens zweistufig zu konstruieren, da nur so über öffentliche Tätigkeiten auch im Verwaltungsstreitverfahren entschieden werden könne, eilen gegenwärtig jedenfalls dem Stand der wissenschaftlichen Bewältigung noch voraus oder aber gehen an der Verwaltungswirklichkeit vorbei. Außerdem ließe sich dieses Ziel in jedem Fall nur unvollkommen erreichen, denn die unbestritten privatvertraglichen Rechtsbeziehungen der gemeindlichen sog. erwerbswirtschaftlichen Verwaltung verbleiben mit Einschluß des Beschaffungs- und Vergabewesens trotz gleichen materialen Gehalts in der Zuständigkeit der Zivilgerichte. Entscheidend jedoch ist, daß die Art des Gerichtszweiges grundsätzlich von sekundärer Bedeutung ist, da die öffentlichrechtlichen Bindungen der Verwaltung auch im privatrechtlichen Streitverfahren unmittelbar zur Anwendung kommen, mithin der gleiche Rechtsschutz wie vor den Verwaltungsgerichten besteht¹⁾.

1) Vgl. etwa Klebe, S. 52; Zeidler, DVBl 1962, S. 303 Fußn. 22; Zuleeg, NJW 1962, S. 2234; Bitter, S. 89; Götz, S. 62 f.; Badura, JuS 1966, S. 20; Rüfner, S. 377, 384 f.; Zacher, S. 353. - Dieses Abstellen auf die erstrebte oder bestehende zivilrechtliche Beziehung zwischen Verwaltung und Bürger erscheint zutreffender als ein Anknüpfen an die öffentlichrechtliche Natur des auf sie zur Anwendung gelangenden Gleichheitssatzes.

Gesamtergebnis der Untersuchung

=====

Die vorliegende Untersuchung führte zu folgenden Ergebnissen: Die gemeindliche Verwaltung bedient sich bei ihrer sog. "erwerbswirtschaftlichen Betätigung" mit Einschluß ihrer Beschaffungs- und Vergabetätigkeit ausschließlich, in den Bereichen der Vorsorge- und Förderungstätigkeit weitgehend privatrechtlicher Vertragsformen. Mangels apriorischen Unterschieds des öffentlichen vom privaten Recht und Brauchbarkeit der auf die Eingriffsverwaltung zugeschnittenen Abgrenzungstheorien in der nichthoheitlichen Verwaltung ist die Rechtsnatur dieser kommunalen Rechtsverhältnisse im Einzelfall sowie im Grundsatz folgerichtigerweise stark umstritten. Da rechtsdogmatisch nicht begründbar, kann eine Entscheidung nur nach Praktikabilitätsgesichtspunkten getroffen werden. Diese sprechen jedenfalls im Augenblick noch gegen die rein öffentlichrechtlichen Konstruktionen, die als sicherlich erstrebenswertes Ziel im Widerspruch zum geltenden Recht, der Gestaltungsfreiheit in der Daseinsvorsorge, stehen und vor allem der Subventionsverwaltung kein institutionell durchgeformtes System rechtsgeschäftlicher Handlungsformen, wie das Privatrecht sie besitzt, anzubieten haben. Eine Ausnahme machen lediglich die Subventionszuschüsse, für die eine adäquate Rechtsform des Zivilrechts nicht vorhanden ist.

Die ständig wachsende Bedeutung der nichteingreifenden Verwaltung und die zunehmende Abhängigkeit des einzelnen von ihr lassen auch im privatrechtlichen gemeindlichen Bereich eine behutsame Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts als wünschenswert erscheinen. Damit bliebe die verfassungsrechtliche Garantie einer umfangreichen gesetzesfreien Kommunalverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG unangetastet. Benachteiligende Eingriffe in die Wettbewerbsverhältnisse von Konkurrenten bedürften jedoch einer konkreten bundes- oder landesgesetzlichen Ermächtigung.

Die in erster Linie des ausreichenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wegen begründete, heute herrschende Zweistufenlehre ist zumindest für die gemeindliche Verwaltung abzulehnen. Es ist schon verfehlt, die Subventionsverwaltung prinzipiell als Hoheitsverwaltung zu bezeichnen, weil sie Primärzwecke öffentlichen Interesses verfolge. Denn es ist so gut wie unbestritten, daß die öffentliche Hand ihre spezifischen öffentlichen Aufgaben weitgehend auch mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen kann. Vor allem aber läßt die hier zugrunde gelegte Unterscheidung von gesetzesabhängiger Verfügung und willensgemäßem Rechtsgeschäft in der grundsätzlich gesetzesfreien Kommunalverwaltung nur für eine vertragliche Gestaltung Raum. Der Wille des einzelnen kann nicht auf der öffentlichrechtlichen Vorstufe unmaßgeblich, bei Abschluß des "Erfüllungsgeschäfts" dagegen von konstitutiver Wirkung sein. Darüber hinaus geht die Zweistufenlehre, ungeachtet weiterer schwerwiegender Bedenken, an der gemeindlichen Verwaltungswirklichkeit vorbei, in der eingehende partnerschaftliche Verhandlungen weithin von entscheidender Bedeutung sind. Diese Erwägungen verbieten es auch, von einer besonderen hoheitlichen Zulassung zu den Einrichtungen der kommunalen Vorsorgeverwaltung auszugehen. Auch die Auftragsvergabe beruht auf rechtsgeschäftlicher Willenserklärung der Gemeinde.

Die gesamte privatrechtsförmige gemeindliche Verwaltung ist den rechtsstaatlichen Schranken des öffentlichen Rechts, vorab den Grundrechtsschranken, zu unterstellen. Da staatliches Handeln wesentlich Verwaltungshandeln ist, rechtfertigt das Vorherrschen des erwerbswirtschaftlichen oder "materiell" öffentlichen Verwaltungsmotivs im Einzelfall lediglich unterschiedliche Stärkegrade der öffentlichrechtlichen Bindungen, nicht jedoch kann es als Anknüpfungspunkt für die Geltung der Verfassungsschranken überhaupt dienen. Diese Auffassung entspricht der rechtstheoretischen wie praktischen Unmöglichkeit, einen Bereich des sog. Verwal-

tungsprivatrechts zu bestimmen. Das schon dogmatisch zweifelhafte Abgrenzungsmerkmal der unmittelbaren oder bloß mittelbaren öffentlichen Aufgabenerfüllung ist dazu nicht in der Lage. Treffendster Beweis ist das kommunale Auftrags- und Beschaffungswesen, dessen Einordnung in den sog. fiskalischen Bereich selbst der noch herrschenden Lehre zunehmend zweifelhaft erscheint. Eine Unterscheidung nach bloß objektiver öffentlichrechtlicher Gebundenheit der Verwaltung und subjektiver Berechtigung daraus ist abzulehnen. Das Kriterium der gezielten Begünstigung des Bürgers ist logisch nicht überzeugend und rechtsstaatlich bedenklich.

Die kommunale Verwaltung lediglich mittelbar über die bürgerlichrechtlichen Generalklauseln an die Grundrechte zu binden, verbietet sich aus rechtsdogmatischen und aus Rechtsschutzgründen ebenso, wie auf sie auch weiterhin die Grundsätze des Monopolprivatrechts zur Anwendung zu bringen. Allein die sachgerechte Heranziehung vor allem des Gleichheitssatzes, in der Subventionsverwaltung auch des Eigentumsgrundrechts führt zu zutreffenden Ergebnissen. Die durch die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kriterien ergänzte unmittelbare Grundrechtsanwendung bestimmt auch die Grenzen der grundsätzlich zulässigen Koppelungspraxis der Kommunen. Die Dienstaufsichtsbehörden an Stelle der Kartellbehörden haben darüber zu wachen, daß die Gemeinden bei wettbewerbsrelevantem Verhalten die Grundsätze des GWB beachten.

Die Amtshaftungsgrundsätze auf den hoheitlichen Bereich zu beschränken, ist bei den oftmals zweifelhaften Unterscheidungen privat- und öffentlichrechtlichen Verwaltungshandelns nicht länger zu begründen.

Die Zivilgerichte gewähren unter unmittelbarer Anwendung der öffentlichrechtlichen Bindungen der Verwaltung den gleichen Rechtsschutz wie die Verwaltungsgerichte.

L e b e n s l a u f

Am 13.6.1941 wurde ich als ältester Sohn des stellv. Hauptgeschäftsführers der Industrie- und Handelskammer Münster Paul Metzmacher und seiner Ehefrau Ingeborg, geb. Högemann, in Münster/Westf. geboren. Nach dem Abitur am Gymnasium Paulinum in Münster im Jahre 1960 studierte ich in München und Münster Rechtswissenschaft. 1964 bestand ich am Oberlandesgericht Hamm die erste, 1970 die zweite juristische Staatsprüfung. Seit April 1970 bin ich als Rechtsanwalt in Hilstrup/Westf. tätig.

